Depotarten

unter besonderer Berücksichtigung des

Giro-Effekten-Depots der Bank des Berliner Kassenvereins

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Gustav Wittekind

Referendar aus Mainz.

Giessen

Brühl'sche Univ.-Buch- und Steindruckerei. R. Lange, Gießen.

1909.

Depotarten

unter besonderer Berücksichtigung des

Giro-Effekten-Depots der Bank des Berliner Kassenvereins

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

ACAD. UNIV. BIBL.

vorgelegt von

Gustav Wittekind
Referendar aus Mainz.

Giessen
Brühl'sche Univ.-Buch- und Steindruckerei. R. Lange, Gießen.
1909.

Referent: Professor Dr. E. Mayer.

Literatur zu Teil I.

(Außer den bekannten Lehrbüchern und Kommentaren des H. G. B. und B. G. B.)

1. Paul Adler: Die Bankdepotgeschäfte (Würzburger Dissertation 05).
2. Begründung des Depotgesetzes (Drucksachen des Reichstags 9. Leg.-Per. IV. Sess. 95/97 Nr. 14).
3. Brückner: Recht, Bd. VI. S. 251.
4. Busemann: Das kaufmännische Depot von Geld und Wertpapieren. Göttinger Dissertation 1899.
5. Ecker: Die rechtliche Natur des regulären und irregulären Verwahrungsvertrages. Greifswalder Dissertation 04.
6. Hanke: Juristenzeitung, 5. Jahrg. S. 389.
7. Heinrici: Gruchets, Beiträge 6. Folge S. 820.
8. Gutachten der Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft vom 13. 1. 1892. S. 3: Zur Frage des Depots im Fonds- und Effektenverkehr.
9. Korn: Die Technik der Bankdepotgeschäfte. Erlanger Dissertation 06.
10. Kunreuther: Börsengesetz und Depotgesetz 1896 S. 126.
11. Langen: Eigentumserwerb des Kommissionärs.
12. l. l. pr. D. dep. 16, 3.
13. Lusensky: Depotgesetz S. 64 III.
14. Neukamp: Holtheim's Monatshefte VII. S. 139.
15. Neumann-Hofer: S. 10. Depotgeschäfte.
16. Niemeyer: Depositum irregulare. Haller Dissertation 1889.
17. v. Pechmann: Das Depotgesetz 1897 S. 27.
18. Pinner: Blätter für Rechtsanwendung im Bezirk des Kammergerichts, 6. Jahrg. S. 65.
19. Riesser: Depotgesetz, 2. Aufl. 06 und 1. Aufl. 1897.
20. R. G. E. 52 Nr. 54.
21. v. Schey: Holtheim's Monatshefte 1896 S. 78.
22. Derselbe: Obligationsverhältnisse des österreichischen Rechts.
23. Schweyer: Die Bankdepotgeschäfte S. 33/34.
24. Strohal: Holtheim's Monatshefte 1893 S. 361.
25. Willutzki: Juristenzeitung, 5. Jahrg. S. 294.
26. Wolff: Jehring's Jahrbuch Bd. XVIV. S. 187.
27. Wulff: Ueber die verschiedenen Rechtsformen der Aufbewahrung fremder Wertpapiere („Depots"). Erlanger Dissertation 1899.

Literatur zu Teil II.

(Abgesehen von den bekannten Lehrbüchern und Kommentaren des B. G. B. und H. G. B.

1. Karl Adler: Das österreichische Lagerhausrecht. Berlin 1892. S. 151.
2. Paul Adler: Bankdepotgeschäfte. Würzburger Dissertation 05.
3. Baron: Die Gesamtverhältnisse im römischen Recht.
4. Bartels: Gruchots, Beiträge 6. Folge, 2. Jahrg. S. 652.
5. Behrend: Der Mitbesitz. Rostocker Dissertation 05.
6. Brinz: Pandekten I. § 146.
7. Buff: VI in Band III. Archiv für praktische Rechtswissenschaft S. 114.
8. Busemann: Das kaufmännische Depositum von Geld und Wertpapieren. Göttinger Dissertation 1899.
9. Cohn: In Endemann's Handbuch des Handelsrechts 03 S. 85.
10. Conrad: Handbuch des deutschen Scheckgesetzes. Stuttgart 08. S. 22, 23.
11. Dernburg: Pandekten I. § 210.
12. Goldschmidt: Vermischte Schriften Band I. S. 188.
13. Kohler: Dispositionsniesbrauch (Jehring's Jahrbuch für die Dogmatik des römischen Rechts, Band XXIV, S. 310.
14. Jacobson: Bankarchiv II. Nr. 12 S. 185.
15. Jaeger: Konkursordnung S. 364.
16. Kniep: Der Besitz des G. B. G. gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht S. 7.
17. Koref: Die verschiedenen Arten von Depots an Wertpapieren. Erlanger Dissertation 1898.
18. Krauel: Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten bei Miteigentum. Leipziger Dissertation 07.
19. Lessing: Das Scheckgesetz von 1908. München 08. S. 22.
20. Hoyer, Gaupp: Stempelgesetzgebung 4. Aufl. S. 684. (Zirkularverfügung des Kgl. Preuß. Finanzm. v. 26. Sept. Nr. 3.) (Bescheid der Berliner Kgl. Prov.-Steuerdir. v. 1. Nov. 88 Nr. 28447.)
21. Miescher: Besitzinterdikte unter den Mitbesitzern, Band XCV. V. Archiv für die zivilistische Praxis S. 153.
22. v. Pechmann: Blätter für Rechtsanwendung in Bayern, Band LII.
23. R. G. E. Bd. XLV. S. 80, Bd. XXI. S. 33, Bd. XIII S. 179, Bd. LII. S. 385.
24. Rießer: Das Depotgesetz 2. Aufl. 06 und 1. Aufl. 86.
25. Sachs: Getreideeinlagen, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band XVIII. S. 478.
26. Savigny: Recht des Besitzes, § 11 S. 171.
27. Schey: Obligationenverhältnisse des österreichischen Rechts S. 377.
28. v. Seeler: Das Miteigentum nach dem bürgerlichen Gesetzbuch 1899.
29. Strohal: Jahrbücher für Dogmatik des röm. Rechts, Band XXXVIII. S. 113.

Disposition zu Teil I.

Seite

§ 1. Offenes und geschlossenes Depot (Einteilungsart der Praxis) . 7
§ 2. Verwahrungs- und Verwendungsdepot (nationalökonomische Einteilungsart) 12
Depositum regulare und irregulare (juristische Einteilungsart)
I. Die in den Gesetzen behandelten Depotarten:
§ 3. a) Das Depotgeschäft des § 1. Depotgesetz 13
§ 4. b) Das Depotgeschäft des § 2. Depotgesetz 18
§ 5. c) Die anläßlich eines Kommissionsauftrags entstehenden Depotarten. §§ 3–7 Depotgesetz 21
§ 6. d) Das Depotgeschäft bei dem Zusammenwirken mehrerer Kommissionäre. § 8 Depotgesetz 28
§ 7. e) Das Depotgeschäft des § 700 B. G. B. 32
§ 8. f) Zusammenstellung der in den Gesetzen geregelten Depotarten 35
II. Die in der Gesetzgebung nicht geregelten, in der Praxis aber vorkommenden Depotarten:
1. Sammeldepot, vgl. Disposition zu Teil II.
2. Summendepot, vgl. Disposition zu Teil II.

Disposition zu Teil II.

Seite

§ 9. Ueberleitung von Teil I. zu Teil II. 38
I. Das Sammeldepot.
§ 10. Das Giro-Effektendepot der Bank des Berliner Kassenvereins (Entstehung, wirtschaftliche Bedeutung, Organisation) . . . 39
§ 11. Keine Art des Aufbewahrungs- oder Verpfändungsdepots, sondern selbständige Depotart 46
§ 12. Obligationsrechtlich: Kein depositum regulare oder irregulare, sondern ein Zwischengebilde 47
Sachenrechtlich: 1. Eigentumsverhältnisse:
§ 13. Entstehung des Miteigentums 48
§ 14. Verfügungsmöglichkeiten der Hinterleger 58
2. Besitzverhältnisse:
§ 15. Zwischen der Bank und den Hinterlegern (unmittelbarer und mittelbarer Besitz) 71
§ 16. Zwischen den Hinterlegern untereinander (Mitbesitz oder Teilbesitz) 75
§ 17. II. Summendepot 85
§ 18. Schluß: Verhältnis des Sammel- und Summendepots zu der Gesetzgebung 90

30. Waechter: Ueber die Teilung und Teilbarkeit der Sachen und Rechte, Band XXVII. VII., Archiv für die zivilistische Praxis S. 179.
31. Windscheid: Pandekten I. § 189 II. S. 610.
32. M. Wolff: Jehring's Jahrbuch für Dogmatik des römischen Rechts, Band XLIV. S. 154.
33. P. Wolff: Ueber das schlichte Mobiliarmiteigentum. Gießener Diss. 02. Geschäftsordnung für das Giro-Effekten-Depot der Bank des Berliner Kassenvereins, 7. Aufl. 03. Denkschrift der Bank des Berliner Kassenvereins 1850–1900.

Teil I.

§ 1. Im folgenden wird nur von dem Effekten-Depotgeschäft die Rede sein. Es scheidet also das theoretisch mögliche Gelddepotgeschäft, wie auch das Depositengeschäft in der vorliegenden Behandlung aus.

Die Einteilung der Depotgeschäfte kann in mehrfacher Weise vorgenommen werden, je nach dem verschiedenen Gesichtspunkt, den man der Einteilung zugrunde legt. Der von der Praxis der Banken gewählten Einteilung liegt ein rein äußerliches Unterscheidungsmoment zugrunde, nämlich die Art und Weise, wie die betr. Wertgegenstände der Bank übergeben werden, und wie sie von ihr aufbewahrt werden. Danach unterscheidet man zwischen offenen und verschlossenen Depots. Ersteres liegt vor, wenn der Kunde seine Papiere der Bank derart übergibt, daß die Bank in der Lage ist, Art, Menge, Wert der Papiere festzustellen; und zwar nicht nur im Augenblick der Uebergabe, sondern während der ganzen Zeit, für die der Depotvertrag eingegangen ist, muß die Bank in der Lage sein, diese Feststellung vorzunehmen. Es ist also sowohl die Uebergabe, wie die Verwahrung eine offene.

Beim verschlossenen Depot weiß die Bank nicht, was sie für den Kunden aufhebt, sie verlangt bei der Hinterlegung des versiegelten Paketes oder Kastens zwar eine Wertangabe des Inhaltes, ist aber gar nicht imstande, festzustellen, ob diese Wertangabe der Wirklichkeit entspricht. Hier werden also in erster Linie nicht die einzelnen individuellen Papiere aufgehoben, sondern es wird der sie umschließende Behälter aufgehoben.

Beide Depotgeschäfte, das offene und das geschlossene, kommen durch Antrag und Annahme des Depotvertrages zustande. Zu beachten ist aber, daß der Vertragsantrag nicht von der Bank ausgeht, sondern von dem Kunden. Wenn also die Bank in der Zeitung oder in Zirkularen ihre Depoteinrichtungen zur Benutzung empfiehlt, so ist dies juristisch nur eine Aufforderung, Vertragsanträge an die Bank zu richten. Dieser steht es dann frei, diese Anträge anzunehmen oder abzulehnen.

Bei dem offenen Depot übergeben die Deponenten ihre Wertpapiere mit einem Verzeichnis, in dem diese genau nach Namen, Zahl, Betrag, Nummer aufgeführt sind, die Bank stellt eine zuerst nur vorläufige Quittung aus, die sie nach erfolgter Prüfung der Richtigkeit des Verzeichnisses gegen einen sogen. Depotschein umtauscht. Die Bank erklärt hierdurch die in dem Depotschein angegebenen Wertpapiere von dem Kunden empfangen zu haben und sie als offenes Depot für den Kunden aufzubewahren. Gleichzeitig dient der Depotschein der Bank gegenüber zu einer Legitimation des Deponenten, der Papiere aus dem Depot heraus haben möchte. Entweder wird jetzt nach Herausnahme der Papiere der Depotschein berichtigt, der Deponent quittiert alsdann auf dem Depotschein, die entnommenen Papiere erhalten zu haben, oder der Depotschein wird ganz eingezogen und es wird ein neuer Depotschein, auf dem jetzt die entnommenen Papiere natürlich nicht mehr aufgeführt sind, von der Bank ausgestellt, letzteres geschieht immer bei der Reichsbank.

Bei dem verschlossenen Depot übergeben die Deponenten ihre versiegelten, mit einer Wertangabe versehenen Pakete der Bank oder sie werden, sofern dies die besonders strengen Bestimmungen einer Bank vorschreiben, in der Bank versiegelt; in beiden Fällen muß die Versiegelung derart sein, daß ein Oeffnen ohne Zerstörung der Siegel nicht möglich ist.

Von volkswirtschaftlichem Gesichtspunkte betrachtet, ist das offene Depotgeschäft von ungleich größerer Be-

deutung als das verschlossene, denn das offene Depot kann wieder die Grundlage für viele andere, insbesondere Kreditgeschäfte bilden, während auch privatwirtschaftlich ein großer Vorteil vor dem geschlossenen Depot vorliegt; es läßt sich mit der Verwahrung auch leicht die besonders für Geschäftsunkundige schwierige oder unmögliche Verwaltung der Effekten verbinden.

Dagegen werden die Aufbewahrungsformen des geschlossenen Depots von erfahrenen Großkapitalisten benutzt, sie ziehen diese Einrichtung der des offenen Depots deshalb vor, da es ihnen unangenehm ist, daß die Bank Kenntnis ihrer Vermögenslage erwirbt.

Von vielen werden auch die gerade in der letzten Zeit sehr beliebt gewordenen Safesverträge als eine besondere Art des geschlossenen Depots angesehen. Einem aus Amerika stammenden Vorbilde folgend, haben die meisten Banken in ihren Kellerräumen einen nach Ansicht bewährter Techniker, feuer- und diebessicheren Raum (Stahlkammertresor) herstellen lassen, in welchem sich schmiedeiserne Schränke mit verschiedenen Fächern — safes coffre forts — befinden. Diese Fächer werden derart an die Kunden vermietet zur Aufbewahrung der Wertpapiere, daß die Bank neben dem eigenen Verschluß des Kunden einen Mitbesitz an dem Fache hat. Ueber die rechtliche Natur dieses Vertrages herrscht lebhafter Streit.

Cosack[4]*, H. R., 4. Aufl. § 10e Z. i. ff., Staub[20]*, Exkurs zu § 424, Hanke[6], D. J.-Z., Jahrg. V S. 389 nehmen einen reinen Verwahrungsvertrag an, Brückener[3], Rechte IV S. 251, Pinner[17], Blätter für Rechts-Anwendung im Bezirk des Kammerger. S. 65 einen reinen Mietvertrag. Eine dritte Ansicht nimmt ein Zwischengebilde von Verwahrungs- und Mietvertrag an. Heinrizi[7], Gruchotts Beiträge, 6. Folge, S. 820 spricht von einem gemischten Mietvertrag. Willutzki[22], D. Jur.-Z. V. Jahrg. S. 294.

Für einen reinen Verwahrungsvertrag ist nach § 688 B. G. B. erforderlich: 1. von seiten des Hinterlegers die Uebergabe der betr. Sache an den Verwahrer. 2. von seiten

des Verwahrers die Verpflichtung, die übergebene Sache aufzubewahren. Bei der Frage, ob eine Uebergabe im Sinne des § 688 vorliegt, kommt es m. E. nicht darauf an, daß hier der Kunde selbst die Papiere in das Tresorfach legt und sie nicht dem Verwahrer in die Hand gibt (so Adler S. 32, S. 26), sondern darauf, daß der Hinterleger sich hier beim Tresorgeschäft nicht seines unmittelbaren Besitzes vollständig entäußert, sondern sich nur aus einem unmittelbaren Alleinbesitzer in einen unmittelbaren Mitbesitzer verwandelt. Nach Wolff[23], Jahrb. f. dogm. Bd. 44 S. 187 ist Uebergabe die Abtretung des Besitzes, den der Abtretende hat. Ist der Abtretende Alleinbesitzer, so ist Uebergabe die Abtretung dieses Alleinbesitzes; ist der Abtretende Mitbesitzer, so geschieht die Uebergabe durch Abtretung dieses Mitbesitzes. Hier gibt der Kunde aber seinen Besitz keineswegs auf, die Bank erhält nur Mitbesitz, nicht Alleinbesitz, dies ist aber keine „Uebergabe", sondern nur „Einräumung des Mitbesitzes". Auch das zweite Erfordernis des Verwahrungsvertrages, die Verpflichtung des Verwahrers, die hinterlegte Sache aufzubewahren, liegt nicht vor. Hier weisen die Bestimmungen der einzelnen Banken interessante Abweichungen auf. Die Bedingungen der Deutschen und der Dresdener Bank sagen, daß die Bank auf die Bewachung und Sicherung sowie auf den Verschluß der Stahlkammer die äußerste Sorgfalt verwendet. Die Darmstädter Bank und die Diskontogesellschaft versprechen, auf die Bewachung der einzelnen vermieteten Räume, d. h. der Schrankfächer, die äußerste Sorgfalt zu verwenden. Man könnte nun vielleicht schließen, daß die Darmstädter Bank und die Diskontogesellschaft dadurch, daß sie zu einer Bewachung der einzelnen Fächer verpflichtet sind, auch die darin befindlichen Gegenstände bewachen und aufbewahren. Dies ist es aber, was gerade der Absicht des Kunden widerspricht, er will gar nicht, daß die Bank ihm die Effekten aufbewahrt, denn dann würde er das offene oder geschlossene Depot wählen. Er will von der Bank nur einen absolut sicheren Raum, worin er seine Papiere

aufheben kann. Das Publikum vertraut beim Tresorvertrag auf die Sicherheit des Raumes, beim Depotvertrag auf die Sicherheit des Verwahrers.

Ferner spricht gegen die Ansicht des Tresorvertrags als Verwahrungsvertrag, daß dieser nur dann und so lange vorliegen kann, wenn wirklich Gegenstände in die Fächer eingelegt sind, da ein Verwahrungsvertrag ein Realvertrag ist. Nun besteht der Tresorvertrag aber vom Augenblick der Unterschrift an und dauert die im Vertrag bestimmte Zeit fort, auch wenn einmal keine Wertpapiere sich in dem Tresor befinden.

Wenn der Tresorvertrag also kein Verwahrungsvertrag ist, so ist er doch auch kein reiner Mietvertrag. Denn die Bank ist hier zu weit mehr verpflichtet, als ein gewöhnlicher Vermieter. Dieser muß nur dem Vermieter den Gebrauch der vermieteten Sache gewähren und die vermietete Sache in einem zu dem Gebrauch geeigneten Zustand erhalten. (§ 536 B. G.) Die Bank aber ist nicht nur dazu verpflichtet, zu sorgen, daß die Schlösser an Tresortüren und Schrankfächern funktionieren, sie muß ihr Augenmerk auch auf die Bewachung und Sicherung der Safes richten und darauf, daß kein Unbefugter Zutritt erlangen kann. Diese Bestimmungen lassen sich aus einem Mietvertrag nicht herleiten. Man wird ferner mit Staub, Cosack annehmen dürfen, daß, wenn die Stahlkammern durch einen Unfall zerstört werden sollten, die Bank verpflichtet ist, unter Anwendung äußerster Sorgfalt die Rettung der im Fach befindlichen Sachen zu versuchen und die geretteten Sachen aufzubewahren. Wenn eine solche Bestimmung auch in den Bedingungen der Banken nicht enthalten ist, so ergibt sich dies aus der Natur des Vertrages. Bei Annahme eines Mietvertrages kann von einer solchen Verpflichtung keine Rede sein. Das Tresorgeschäft enthält demnach sowohl Elemente des Mietvertrages wie des Verwahrungsvertrages. Da es aber dem Mietvertrag näher steht, kann man es mit P. Adler[1] S. 33 einen eigenartigen Mietvertrag nennen. Hier bei der Betrachtung der Depot-

geschäfte nach der Art der Hinterlegung scheidet es somit aus.

§ 2. Eine andere Einteilung der Depotgeschäfte sieht das Unterscheidungsmoment in dem mit der Hinterlegung verbundenen Zweck. Diese Einteilung ist eine nationalökonomische. Sie liegt den Arbeiten von Wulff[24] und Schweyer[20] zugrunde. Ebenso Busemann[4] § 13. Danach kann man zwei große Gruppen unterscheiden, die Depots zur Aufbewahrung und die Depots zur Verpfändung. Bei den ersteren will der Kunde der Mühe enthoben sein, die Papiere bei sich selbst sicher aufzubewahren. Er gibt sie deshalb in den Besitz der Bank. Bei den Depots zur Verpfändung hat zwar auch die Bank den Besitz der Papiere, aber nicht um den Kunden die Mühe der Aufbewahrung abzunehmen, sondern hier hat die Bank den Besitz kraft eines Pfandrechtes an den Papieren wegen einer Forderung gegen den Kunden. Beide Depots können, wenn sie in dieser reinen Form nur als Aufbewahrungs- oder Verpfändungs-Depots vorkommen, sowohl offene wie verschlossene Depots sein. Bei den verschlossenen Verpfändungsdepots wird sich allerdings die Bank nicht damit begnügen, von dem Kunden die Versicherung eines bestimmten Wertinhaltes des versiegelten Paketes zu erhalten, sie wird sich davon überzeugen wollen, ob das ihr verpfändete Paket auch wirklich den angegebenen Wert enthält. Deshalb werden hier bei den verschlossenen Verpfändungsdepots die zu versiegelnden Wertpapiere der Bank erst vorgezählt werden müssen; die Uebergabe ist hier also, streng genommen, nicht mehr eine verschlossene, sondern eine offene. Trotzdem kann auch hier von einem verschlossenen Depot gesprochen werden, da der Bank nach der Versiegelung die Möglichkeit eines freien Zugangs zu den Papieren entzogen ist. Außerdem kann, wie oben erwähnt, bei den verschlossenen Depots von der Bank ausbedungen werden, daß die Versiegelung vor Augen ihrer Beamten geschieht.

Solche reinen Aufbewahrungs- und Verpfändungsverträge, wie sie oben erwähnt wurden, kommen aber praktisch nur selten und wohl nur bei den verschlossenen Depots vor. Bei den offenen Depots wird sich mit der Aufbewahrung oder Verpfändung fast immer eine Verwaltung der Papiere verknüpfen. Eine solche ist ihrer Natur nach da, wo man, um die Papiere verwalten zu können, freien Zutritt zu ihnen haben muß, bei den verschlossenen Depots unmöglich. Verwaltungshandlungen, die die Banken in ihrer Depotsordnung regelmäßig generell übernehmen, sind folgende:

Einziehung fälliger Coupons und Dividendenbogen, Besorgung neuer Coupons und Dividendenbogen, Kontrolle und Inkasso ausgeloster Wertpapiere, Entgegennahme von Hypothekenzinsen. Andere Verwaltungshandlungen, wie Konvertierung von Wertpapieren, Ausübung von Bezugsrechten, Einzahlung auf nicht vollgezahlten Papieren, Vertretung in der Generalversammlung, werden nur auf spezielle Aufforderung seitens des Kundens ausgeführt. Doch machen die Banken ihre Kunden meistens darauf aufmerksam, wenn eine solche Verwaltungshandlung vorzunehmen ist, die eines speziellen Auftrags eines Kunden bedarf, und fragen an, ob im vorliegenden Fall dieser Auftrag erteilt wird.

Wulff[24] § 13—18 und Ecker[5] S. 11 unterscheiden bei dieser Einteilung der Depotgeschäfte nach volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten noch ein bei Gelegenheit eines Kommissionsgeschäftes entstehendes Depositum. Mit Recht führt aber Ecker[5] S. 14 aus, daß ein solches nur etwas vorübergehendes sei und sich entweder in ein Verwahrungs- oder Verpfändungsdepot verwandle. Er bezeichnet das Geschäft deshalb als unselbständiges Bankdepotgeschäft. Hier liegt also nicht der Zweck, zu dem das Depot bestimmt ist, sondern die Art und Weise, wie es entstanden ist, der Einteilung zugrunde.

§ 3. Eine dritte Einteilung, die man im Gegensatz zu der eben behandelten nationalökonomischen eine

juristische nennen kann, sieht das Unterscheidungsmerkmal der Depotgeschäfte in dem zugrunde liegenden juristischen Gebilde. Korn[9] wirft dieser, wie auch der vorhergehenden nationalökonomischen Einteilung vor, „daß sie die gänzlich voneinander verschiedenen sog. geschlossenen und offenen Depots unter eine Hut bringe". Ein solcher Fehler wird dadurch vermieden, daß man die nach der einen Unterscheidungsart sich ergebenden Depotgeschäfte mit denen nach einer anderen Unterscheidungsart sich ergebenden vergleicht und in Beziehung setzt, so wie dies oben mit den offenen und verschlossenen Depots in ihrem Verhältnis zum Verwahrungs- und Verpfändungsdepot geschehen ist.

Betrachtet man die Depotgeschäfte unter dem juristischen Gesichtspunkt, welches Rechtsgebilde zugrunde liegt, so sind hier wieder zwei Wege gangbar. Man kann entweder von der Praxis der Bankgeschäfte ausgehen und betrachtet erst die vorkommenden Depotarten und dann ihr Verhältnis zur Gesetzgebung, oder man nimmt sofort den Ausgangspunkt bei dem Gesetz und sieht, welche Arten von Depotgeschäften die Gesetzgebung regelt, und untersucht erst dann, ob außer den in der Gesetzgebung geregelten Depotgeschäften in der Praxis noch andere Depotarten vorkommen.

Den ersten Weg schlug Strohal[21] ein, indem er auf dem 22. deutschen Juristentag in einem allgemein als hervorragend anerkannten Gutachten eine Einteilung der in der Praxis vorkommenden Depotgeschäfte vornahm. Strohal nahm diesen Weg, da sein Gutachten noch vor dem Depotgesetz und gerade anläßlich der Erlassung des Depotgesetzes stattfand.

Nachdem wir aber jetzt im Depotgesetz eine gesetzliche Quelle der Depotarten haben, erscheint es Verf. richtiger, erst von den Depotgeschäften, soweit sie eine ausdrückliche Regelung durch die Gesetzgebung erfahren haben, auszugehen (I § 3—9 Disposition), und erst danach die in der Praxis vorkommenden, gesetzlich nicht ausdrücklich ge-

regelten Depotarten zu betrachten (II § 10—19 d. Arbeit) und endlich ihr Verhältnis zur Gesetzgebung (Schluß § 20 d. Arbeit).

Als gesetzliche Quellen kommen in Betracht § 700 B. G. B. und das Dep.-Ges. von 1896. Es sei aber hier vorausgeschickt, daß es keineswegs die Absicht vorliegender Arbeit sein kann, eine Darstellung des Dep.-Ges. geben zu wollen. Hierüber sind schon verschiedene Kommentare und Dissertationen vorhanden; insbesondere muß es, nachdem 1906 das „Bankdepotgesetz" von Riesser[18] in zweiter, umgearbeiteter Auflage erschienen ist, als fast ausgeschlossen gelten, nach dieser allgemein als hervorragend anerkannten gründlichen und eindringenden Arbeit noch wesentlich neues aus dem Dep.-Ges. herauszuarbeiten. Deshalb soll das Dep.-Ges. hier nur soweit in Betracht gezogen werden, als es für eine Einteilung der Depotarten nötig ist. Das Dep.-Ges. ist ein Gelegenheitsgesetz. Die äußeren Ursachen waren zahlreiche Zusammenbrüche Berliner Banken, die große Depotunterschlagungen zutage förderten, so daß laute Rufe nach dem Schutze der Gesetzgebung für die Deponenten gegenüber den Depositaren sich vernehmen ließen. Die Lücken der Gesetzgebung waren zivilrechtlicher und strafrechtlicher Natur. Im Zivilrecht herrschte vor allem eine große Unklarheit über die Eigentumsfrage. Hieraus ergab sich dann strafrechtlich, daß der Tatbestand der Unterschlagung nur selten anzunehmen war.

Beim depositum regulare bleibt der Hinterleger Eigentümer der einzelnen hinterlegten Stücke. Der Bankier hat daran kein Gebrauchsrecht, er muß dieselben gesondert aufbewahren und genau die gleichen Stücke zurückgeben. Vgl. l. 1 pr. Dep. 16, 3 depositum est quod custodiendum alicui datum est.

Ein wichtiger Unterschied zwischen dem römischen und modernen depositum regulare besteht in der Entgeltlichkeit.

Im r. R. war das Depos. immer unentgeltlich; im modernen Recht kann es zwar auch noch unentgeltlich sein,

ist aber meistens entgeltlich, wofür im G. B. G. 689 eine Vermutung spricht. Deshalb ist auch die Haftung nach heutigem R. und nach r. R. eine verschiedene. Während der Depositar, der selbst von der Hinterlegung keinen Vorteil hatte, nur für dolus und culpa lata haftete, haftet heute der Verwahrer bei der entgeltlichen Hinterlegung für jede Fahrlässigkeit (§ 276), und nur bei unentgeltlicher Verwahrung haftet er für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns. Diese Form des regelmäßigen Depots wird immer dann Platz greifen müssen, wenn es sich um unvertretbare Wertpapiere handelt, bei denen es auf die Identität des Papieres ankommt. Also immer bei Losen und verlosbaren Papieren. Ferner bei Hypothekenbriefen, Wechseln, Konnossementen, Lade- und Lagerscheinen. Unvertretbare Wertpapiere, bei denen es auf die Identität nicht ankommt, wie Kuxe, Namensaktien, können auch in der Form des dep. irregulare hinterlegt werden (s. Adler[1] S. 13 und Riesser[18] S. 14). Das verschlossene Depot kann seiner Natur nach nur ein dep. regulare sein. Da also die Hinterlegung in Form des verschlossenen Depots, sowie die Hinterlegungen von unvertretbaren Wertpapieren, deren Identität von Wichtigkeit ist, nur als dep. regulare erfolgen konnte, bei diesen aber irgendwelche Zweifel oder Unklarheiten nicht vorhanden waren, so beschränkt das Dep.-Ges. seinen objektiven Umfang auf vertretbare Wertpapiere, die in der Form des offenen Depots niedergelegt werden. Ausgeschlossen sind Geld und Geldsurrogate, da diese nicht als Depots, sondern als Depositen hinterlegt zu werden pflegen, und somit in das Eigentum des Verwahrers übergehen. Das Dep.-Ges. bezieht sich also auf die einem Kaufmann in seinem Handelsbetrieb unverschlossen übergebenen, in § 1 genannten Wertpapiere, gleich, ob diese vertretbar sind oder nicht, ferner auch auf andere Wertpapiere, aber nur, sofern diese vertretbar sind (Riesser[18] S. 14 und Adler[1] S. 14). Gerade bezüglich dieser Papiere war eine gesetzliche Regelung deshalb so dringend nötig, da die Kunden, die diese Papiere

deponierten oder durch die Bank als Kommissionäre einkaufen ließen, bestimmt glaubten, sie hätten das Eigentum an diesen Papieren und deshalb im Konkurs der Bank ein Absonderungsrecht; auf der anderen Seite glaubte die Bank, oder konnte bei dem Mangel gesetzlicher Bestimmung glauben, diese Papiere seien in der Rechtsform des dep. irregulare niedergelegt, wonach die Bank das Eigentum, der Kunde nur ein Forderungsrecht gegen die Bank besaß, und im Konkurs nicht aussonderungsberechtigt war, sondern nur gewöhnlicher Konkursgläubiger.

Es darf nun nicht verkannt werden, daß auch der Fall denkbar ist, daß für den Kunden ein dep. irregulare vorteilhafter erscheinen kann als ein dep. regulare. Zwar gibt er dabei seinen dinglichen Eigentumsanspruch auf und erhält nur einen obligatorischen Rückforderungsanspruch gegen die Bank. Dafür aber haftet die Bank bei den dep. irregulare nicht nur für jede Sorgfalt, sondern auch für Zufall. Erscheint nun dem Hinterleger die betr. Bank als unbedingt sicher, so kann er wegen der verstärkten Haftung die Form des dep. irregulare vorziehen. Die Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft[8] bemerkten a. a. O. S. 3, daß auf dieser Idee auch die Einrichtung des preußischen Staatsschuldbuches beruhe, ebenso des Reichsschuldbuches. Im allgemeinen wird aber ein solches unumschränktes Vertrauen des Hinterlegers zur Hinterlegungsstelle nicht vorhanden sein, und in den weitaus meisten Fällen wird es der Absicht des Kunden entsprechen, daß er das Eigentum an seinen hinterlegten Papieren behält. Diesem zweifellos berechtigten Wunsch der Hinterleger gesetzliche Geltung zu verleihen und alle Zweifel, wer Eigentümer der hinterlegten Papiere sei, klar zu stellen, war die wichtige Aufgabe und der Entstehungsgrund des Dep.-Ges. Es stellte in § 1, bei den oben bezeichneten Papieren eine Vermutung für dep. regulare auf und verpflichtet alle, die in ihrem Geschäftsbetrieb die genannten Papiere als offenes dep. empfangen: 1. die übergebenen Papiere gesondert und unter äußerlich erkenn-

barer Bezeichnung der Deponenten aufzubewahren und 2. Die Papiere nach Gattung, Nennwert, Nr. in die Geschäftsbücher einzutragen, oder auf ein neben dem Handelsbuch zu führendes Verzeichnis, in dem die Papiere eingetragen sind, Bezug zu nehmen. Die Pflicht zur Eintragung in das Nummerbuch ist dann erlassen, wenn die Papiere zurückgegeben sind bevor die Eintragung im ordentlichen Geschäftsgang erfolgen konnte.

Betrachtet man jetzt dieses in Artikel 1 Dep.-Ges. behandelte dep. regulare im Verhältnis zu Depotgeschäften, die nach den in § 1 der Arbeit angedeuteten Unterscheidungsmerkmalen entstehen, so ist schon darauf hingewiesen, daß der § 1 wie überhaupt das ganze Dep.-Ges. nur für offenes Depot gilt, aber nicht für geschlossenes. Die nach der nationalökonomischen Unterscheidungsweise entstehenden Depotarten, (§ 2 der Arbeit) das Aufbewahrungs- und das Verpfändungsdepot sind in § 1 Dep.-Ges. ausdrücklich einander gleichgestellt.

§ 4. Eine Abweichung von dieser Form des dep. regulare ist nur möglich durch eine für jedes einzelne Geschäft ausdrücklich und schriftlich abgegebene Erklärung, nur wenn der Hinterleger oder Verpfänder selbst Bank- und Geldwechselgeschäfte gewerbsmäßig betreibt, ist eine solche spezielle schriftliche Erklärung nicht nötig, sie kann dann auch generell und mündlich erteilt werden. Diese Ermächtigungserklärung des § 2 Dep.-Ges. kann wieder verschiedenes Inhaltes sein: 1. entweder der Hinterleger bzw. Verpfänder ermächtigt den Verwahrer bzw. Pfandgläubiger an Stelle der hinterlegten oder verpfändeten Wertpapiere gleichartige zurückzugewähren, oder 2. er ermächtigt ihn über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen. Diese beiden Ermächtigungen sind näher zu betrachten, besonders auch deshalb, weil nur für den Fall der Erteilung der ersten Ermächtigung das Gesetz eine bestimmte Folge normiert hat. Absatz 2 § 2 Dep.-Ges. lautet: Wird der Verwahrer oder Pfandgläubiger ermächtigt, an Stelle der hinterlegten oder verpfändeten Wertpapiere der in § 1

bestimmten Art gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren, so finden die Bestimmungen des § 1 keine Anwendung. Daraus, daß für den Fall der Ermächtigung über die Papiere zu verfügen, keine gesetzliche Folge normiert ist, könnte gefolgert werden, daß hier die Vorschriften des § 1 Anwendung finden, also ein dep. regulare vorliegt.

In dieser Ansicht wird man noch durch die Materialien des Gesetzes verstärkt, da die Regierungsvorlage das Außerkrafttreten der Bestimmung des § 1 für die Erteilung der beiden Ermächtigungen in gleicher Weise vorgesehen hatte, die Reichstagskommission aber das Außerkrafttreten der Bestimmung des § 1 nur für den ersten Fall der Ermächtigung (gleichartige Papiere zurückzugewähren) normiert hatte; eine Folge für den Fall der zweiten Ermächtigung (über die Papiere zu verfügen) nicht normierte. Vgl. Lusensky[12] S. 64 III. Eine solche Deduktion muß aber deshalb als unrichtig erscheinen, da die Ermächtigung, über die Papiere zu verfügen, ein maius ist und die Ermächtigung gleichartige Papiere zurückzugewähren in sich einschließt. Tritt also schon bei dem minus (das ist bei der Ermächtigung gleichartige Papiere zurückzugewähren) die Bestimmung des Absatz 1 außer Kraft, dann auch sicher bei dem maius (der Ermächtigung über die Papiere zu verfügen).

Allerdings muß zugegeben werden, daß auch der Fall denkbar ist, in dem eine Ermächtigung über die Papiere zu verfügen enger sein kann, als eine Ermächtigung gleichartige Papiere zurückzugewähren. Riesser[18] erwähnt als Beispiel S. 33 eine Ermächtigung, die zu einem bestimmten Zweck erteilt ist, etwa die Papiere zur weiteren Verpfändung oder zur Abstimmung in der Generalversammlung benutzen zu dürfen.

Einen solchen Fall hat auch die Reichstagskommission im Auge gehabt, als sie bei der Regierungsvorlage die Bestimmung, daß bei beiden Ermächtigungen Absatz I außer Kraft trete, für den Fall der Ermächtigung zur Verfügung strich. Im Kommissionsbericht[2] heißt es S. 4, daß,

wenn z. B. dem Bankier nur die Weiterverpfändung mit den Worten „zu seinem Nutzen zu verfügen" gestattet werden sollte, daß dann die Verwahrungspflicht aus § 1 sinngemäß nur solange ruhen sollte, als die Verpfändung dauere. Riesser[18] folgert daraus mit Recht, daß, wenn nach dem klaren Willen der Parteien die Ermächtigung, zu seinem Nutzen zu verfügen, nicht jede Art der Verfügung, sondern nur eine bestimmte Art in sich schließt, daß alsdann grundsätzlich die Pflicht zur gesonderten Aufbewahrung nach § 1 des Dep.-Ges. zu erfüllen ist und nur solange und insoweit ruht, als dies mit der eingeräumten Ermächtigung unvereinbar ist.

Es ist jetzt noch zu untersuchen, in welchem Augenblick bei einer nach § 2 erfolgten Erklärung das Eigentum der Papiere von dem Hinterleger auf den Verwahrer übergeht. Hier stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Staub[20*] Exkurs zu 424, Lusensky[12] S. 53 und Korn[9] S. 74 nehmen an, daß durch die Erteilung der Ermächtigung das Eigentum übergehe. Sie begründen diese Ansicht damit, daß sie in der Ermächtigung die nach § 929 B. G. B. geforderte Einigung sehen und durch brevi manu traditio den Eigentumsübergang annehmen. Im Falle eine Ermächtigung, über die Papiere zu verfügen, enger ist als eine Ermächtigung, gleichartige Papiere zurückzugewähren, erkennen auch diese Schriftsteller an, daß durch Erteilung einer solchen engen Ermächtigung Eigentum noch nicht übergeht. Die andere Ansicht, der sich auch Verfasser anschließt, sagt, daß der Eigentumsübergang nicht schon mit der Erteilung der Ermächtigung, sondern erst durch das tatsächliche Gebrauchmachen von der Ermächtigung stattfindet. Das Reichsgericht[2] begründet diese seine Ansicht Bd. 52 N. 54 S. 202 damit, daß es sagt: § 2 des Dep.-Ges. habe nicht den Zweck Bestimmungen über die Frage des Eigentumsübergangs zu treffen, sondern solle nur das Verfügungsrecht des Bankiers an die Voraussetzung einer ausdrücklichen und schriftlichen Ermächtigung knüpfen. Eine derartige Ermächtigung bewirke aber nicht

den Eigentumsübergang, wie das O. L. G. ausgeführt hatte, sondern ermächtigte nur den Verwahrer, Verfügungen über die Papiere zu treffen. Wenn und solange er das nicht tut, verbleibe das Eigentum der Papiere bei dem Hinterleger. Für den Eigentumsübergang selbst bedürfe es noch eines besonderen Aneignungsaktes, der etwa in der Vermengung dieser Papiere mit anderen von gleicher Art oder in einer Weiterlombardierung zu sehen ist. Das Reichsgericht sagt also, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch dem Sinn nach, daß durch die Ermächtigung des § 2 ein reines Kannrecht für den Verwahrer geschaffen wird. Dieser hat die Möglichkeit und das Recht, sich zum Eigentümer zu machen, er wird es aber nicht von selbst durch die Erteilung der Ermächtigungserklärung. Da also hier bis zum Gebrauchmachen von der Ermächtigung ein dep. regulare besteht, dieses sich aber durch die einseitige Willenshandlung des Gebrauchmachens in ein dep. irregulare verwandeln kann, spricht Riesser[18] hier von einem modifiziert regelmäßigen Depot.

§ 5. Es sind im folgenden die anläßlich eines Kommissionsauftrages entstehenden Depotarten zu betrachten, die in den §§ 3 bis 7 Dep.-Ges. eingehend geregelt sind. Es ist zu scheiden nach den drei Fällen der Kommission. 1. Depots, die anläßlich einer Einkaufskommission entstehen. 2. Depots, die bei der Verkaufskommission entstehen. 3. Depots bei einer Kommission zum Umtausch von Wertpapieren oder zur Ausübung eines Bezugsrechtes. Der Einkaufskommissionär kann die Kommission in zweifacher Weise ausführen. Entweder er kauft in eigenem Namen und für eigene Rechnung die zu liefernden Papiere von einem Dritten ein, er wird hierdurch Eigentümer und ist aus dem Kommissionsvertrag verpflichtet, dieses Eigentum auf seinen Kunden zu übertragen, oder der Kommissionär kauft die Papiere nicht erst von einem Dritten ein, er ist bereits vorher Eigentümer der zu liefernden Papiere und erfüllt seinen Kommissionsauftrag durch Selbst-Eintritt, vgl. Langen[11] Eigentumserwerb des Kommissionärs

§ 5, § 400 H. G. B. In beiden Fällen nun, sei es, daß der Kommissionär das Eigentum an den zu liefernden Papieren bereits besitzt, sei es, daß er es erst erwirbt, muß er das Eigentum der Papiere auf seinen Auftraggeber übertragen. Allerdings hatte Strohal[21] in seinem Vortrag auf dem 22. Juristentag (Holdheims Wochenschrift 1893 S. 361) die Ansicht vertreten, daß der Kommissionär nur eine Art prokuratorischer Eigentümer sei, in Wirklichkeit aber der Kunde Eigentümer der Papiere, der deshalb im Konkurs des Kommissionärs ein dingliches Aussonderungsrecht habe. Schey[19] (Holheims Monatschrift von 1896 S. 78) meinte sogar, daß von dem Augenblick an, wo die Papiere ordnungsmäßig bezogen werden konnten, eine entsprechende Quantität der in dem Bestande des Kommissionärs überhaupt vorhandenen Effekten für den Kunden dinglich verhaftet seien. Diese Ansichten standen aber durchaus vereinzelt da; die herrschende Meinung erkannte das Eigentum des Kommissionärs an dem Kommissionsgute an und dessen Verpflichtung, dieses auf den Kunden zu übertragen. Diese Eigentumsübertragung kann sich entweder in der Form der direkten Einigung und Uebergabe der Papiere vollziehen § 929 B. G. B., es entsteht dann überhaupt kein Depot, oder in der Form des constitutums possessoriums.

Es ist leicht ersichtlich, daß der Bankkunde ein großes Interesse daran hat, möglichst bald das Eigentum der für ihn gekauften Papiere zu erlangen. Vor dem Erlaß des Dep.-Ges. konnte er den Kommissionär zu dieser Eigentumsübertragung nur im Wege der Klage zwingen. Diese konnte sich leicht in die Länge ziehen, und wenn inzwischen der Kommissionär in Konkurs fiel, hatte der Kunde nur einen Anspruch auf die Konkursdividende. Deshalb bestimmt § 3 des Dep.-Ges., daß der Kommissionär, der einen Auftrag bezüglich der in § 1 des Dep.-Ges. genannten Wertpapiere ausführt, dem Kommittenten ein Verzeichnis der Stücke mit Angabe der Gattung des Nennwertes der Nummern oder sonstiger Unterscheidungs-

merkmale innerhalb einer dreitägigen Frist zu übersenden habe. Diese Frist beginnt, falls der Kommissionär bei der Anzeige über die Ausführung einen Dritten als Verkäufer nennt mit dem Erwerb der Stücke, der auch in der Form des constitutums possessoriums von seiten des Kommissionärs und des Dritten geschehen kann. (Vgl. Kunreuther[10] S. 126 N. 3, Lusensky[12] S. 60.) Sonst, d. h. wenn der Kommissionär den Dritten nicht namhaft macht, mit dem Ablauf des Zeitraumes, innerhalb dessen der Kommissionär nach Erstattung der Ausführungsanzeige die Stücke bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang ohne schuldhafte Verzögerung beziehen konnten. Unterläßt der Kommissionär die Absendung des Stückverzeichnisses und nimmt diese auch innerhalb einer ihm vom Kommittenten zu setzenden dreitägigen Nachholungsfrist nicht vor, so hat der Kommittent seinerseits das Recht, von dem Kommissionsgeschäft zurückzutreten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu fordern. Dieses Recht steht dem Kommittenten aber nur drei Tage nach Ablauf der Nachholungsfrist zu; macht innerhalb dieser drei Tage der Kommittent sein Recht nicht geltend, so muß er wieder den Kommissionär zur Absendung des Stückeverzeichnisses unter Setzung einer dreitägigen Nachholungsfrist auffordern. Die große Bedeutung des Stückeverzeichnisses besteht darin, daß, sofern der Kommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt ist, durch seine Absendung das Eigentum von dem Kommissionär auf den Kommittenten übergeht, wenn nicht etwa schon durch constit. possess. oder Abtretung des Herausgabeanspruches dieser Eigentumsübergang sich vollzogen hat. Es ist also, wie Riesser[18] S. 49 sagt, in § 3 Dep.-Ges. der Zeitpunkt normiert, in dem spätestens das Eigentum übergehe. Dieser Eigentumsübergang ist ein durchaus singulärer und von der Eigentumsübertragung des B. G. B. grundverschieden. Denn die Willenseinigung, daß von einer Seite Eigentum übertragen und von der anderen Eigentum erworben wird, kommt hier nicht in Betracht. Auch gegen den Willen des Kommissionärs, wenn er mit der Absendung des Stücke-

verzeichnisses keineswegs Eigentum übertragen wollte, geht dieses durch die bloße Tatsache des Absendens auf den Kommittenten über, ohne daß es darauf ankommt, ob dieser das Stückeverzeichnis auch richtig erhalten hat. Im Falle schon vorher das Eigentum übergegangen ist, hat das Stückeverzeichnis nur die Bedeutung einer Beweisurkunde.

Die Uebersendung des Stückeverzeichnisses darf in drei Fällen unterbleiben. 1. Wenn der Kommissionär die eingekauften Stücke dem Kommittenten ausgeliefert hat. Hier entsteht überhaupt kein Depot. 2. Wenn der Kommissionär einen Auftrag des Kunden zur Weiterveräußerung ausgeführt hat. 3. Wenn der Kunde auf die Uebersendung des Stückeverzeichnisses verzichtet. Ein solcher Verzicht muß ausdrücklich schriftlich und für jeden einzelnen Fall erfolgen. Nur wenn der Kommittent selbst gewerbsmäßig Bank- oder Geldgeschäfte betreibt, kann dieser Verzicht formlos, mündlich und generell erklärt werden. Wenn schon vor Absendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum auf den Kommittenten übergegangen war, durch constit. possess. oder Abtretung des Herausgabeanspruches, so hat der Verzicht auf das Stückeverzeichnis lediglich die Bedeutung, daß der Kommittent erklärt, es sei ihm gleichgültig, die einzelnen Nummern der gekauften Papiere zu erfahren, an den Eigentumsverhältnissen wird hierdurch nichts geändert. Dies ist auch allgemein anerkannt, dagegen besteht in der Literatur über die Bedeutung des Verzichtes auf Absendung des Stückeverzeichnisses dann Streit, wenn, wie es in der Regel der Fall sein wird, das Eigentum noch nicht auf den Kommittenten übergegangen ist. Riesser[18] S. 53 und Lusensky[12] sind der Ansicht, daß, wenn der Kunde den Bankier noch nicht vollständig befriedigt hat, in diesem Fall eine Präsumtion für das Vorliegen eines dep. irregulare spräche, daß der Kunde also durch Verzicht auf das Stückeverzeichnis auch gleichzeitig auf seinen Eigentumsanspruch verzichten. Staub[18*] zus. zu M. 84—85 S. 14—33, Schweyer[20] S. 130 und Adler[1]

S. 74 dagegen vertreten die Ansicht, daß der Verzicht auf die Uebersendung des Stückeverzeichnisses nur einen Verzicht auf diese Art der Eigentumsübertragung bedeute, daß aber noch keine Präsumption für eine Eigentumsvermutung überhaupt bestehe. Es ist zwar begreiflich, weshalb Riesser[18] und Lusensky[12] gerade für den Fall, daß der Kommissionär noch nicht den vollen Kaufpreis von dem Kommittenten empfangen hat, dem Verzicht auf Absendung des Stückeverzeichnisses die Wirkung eines Verzichtes auf den Eigentumsübergang überhaupt beilegen wollen. Der Kommissionär wäre andernfalls in der unangenehmen Lage, seine Mittel für den Kommittenten festzulegen und diesem das Eigentum der gekauften Papiere verschaffen zu müssen, ohne selbst seinerseits genügend gedeckt zu sein; denn die Verwirklichung des Pfandrechtes an den Papieren ist für den Kommissionär, wie allgemein anerkannt ist, ein zu langwieriger und besonders im Konto-Korrentverkehr äußerst schwieriger Weg. Vgl. Riesser[18] S. 34—36. Trotzdem glaube ich, darf nicht aus Billigkeitserwägungen geschlossen werden, daß der Verzicht dann, wenn der Kommissionär in Vorschuß für den Kunden gegangen ist, die Bedeutung eines Verzichtes des Kunden auf den Eigentumsübergang hat. Entweder hat der Verzicht auf Absendung des Stückeverzeichnisses immer die Bedeutung eines Verzichtes auf den Eigentumsübergang überhaupt, oder er hat diese Bedeutung nicht und bedeutet dann nur einen Verzicht auf gerade diesen Eigentumsübergang. Es ist hierbei juristisch völlig gleichgültig, ob der Kommissionär volle Deckung empfangen hat oder nicht. Ich glaube nun, daß dieser Verzicht ursprünglich nur bedeutet, daß auf diese Art des Eigentumsübergangs verzichtet wird, nicht aber auf den Eigentumsübergang überhaupt. Denn wie Schweyer[20] S. 51 betont, ergibt sich die Verpflichtung für den Kommissionär, Eigentum zu übertragen aus dem Kommissionsvertrag. Der § 3 Dep.-Ges. verschärft nur diese Verpflichtung, wenn also auf diese Vorschriften, d. h. die Pflicht zur Absendung des Stücke-

verzeichnisses verzichtet wird, so besteht doch noch aus dem Kommissionsvertrag die Pflicht zur gewöhnlichen Eigentumsübertragung. Trotzdem stimme ich im Endergebnis nicht mit Schweyer[20], Staub[20*] und Adler[5] sondern mit Riesser[18] und Lusensky[12] überein. Zwar halte ich die Auslegung des Verzichtes im Sinne Schweyers[18] als die logisch richtigere; nachdem aber im Juli 1896 die Berliner Großbanken, denen sich im Laufe der Zeit auch die meisten nord- und süddeutschen Banken angeschlossen haben, den Verzicht auf das Stückeverzeichnis so auslegten, daß die angekauften Effekten nicht für den Auftraggeber in Verwahrung genommen werden, sondern als Depot auf dem Stückekonto der Bank gutgeschrieben werden, und nachdem der Kommittent durch seine Unterschrift diese Auslegung des Verzichtes anerkannte und billigte, glaube ich allerdings, daß dem Verzicht auf das Stückeverzeichnis die Bedeutung eines Verzichtes auf den Eigentumsübergang überhaupt zukommt. Da das Dep.-Ges. selbst die Folgen des Verzichtes nicht normiert hat, steht es den Banken völlig frei, den Verzicht in dem von ihnen gewünschten Sinn auszulegen. Hat der Kommittent durch seine Unterschrift dieser Auslegung zugestimmt, so entsteht ein depositum irregulare.

Bei der Verkaufskommission, die dann vorliegt, wenn ein Bankier Wertpapiere für Rechnung seines Kunden verkauft, hat das Dep.-Ges. deshalb von einer Regelung abgesehen, weil erstens diese Geschäfte in der Regel in so kurzer Zeit erledigt werden, daß eine Verwahrung gar nicht in Frage kommt, und weil zweitens der Kommissionär durch die Möglichkeit des Selbsteintrittes sich das Eigentum an den Papieren jederzeit verschaffen kann. Bis er von diesem Selbsteintrittsrecht § 400 H. G. B. Gebrauch gemacht hat, oder die Papiere verkauft hat, ändert sich an den bestehenden Eigentumsverhältnissen natürlich gar nichts.

Das dritte Kommissionsgeschäft, die Kommission zum Umtausch von Wertpapieren, oder zur Geltendmachung eines Bezugsrechtes ist eigentlich eine Zusammensetzung

von Verkaufs- und Einkaufskommission (Begründung[2]* S. 69). Bis der Kommissionär die Papiere zum Umtausch weiter gibt, bleibt der Kommittent Eigentümer. Die neuen Stücke gehen in das Eigentum des Kommissionärs über, der sie dem Kunden übereignen muß. Auch hier hat das Gesetz, um dem Kommissionär diesen Eigentumsübergang zu erleichtern, in § 5 die Uebersendung des Stückeverzeichnisses angeordnet. Nur ist hier die Frist eine längere als bei der Einkaufskommission, nämlich 14 Tage mit Rücksicht darauf, daß der Umtausch von Effekten gewöhnlich im Anschluß an Konversionen und Fusionen stattfindet, wodurch eine Häufung von Arbeit bei den Banken eintritt. Diese Frist beginnt stets mit dem Empfang der Stücke. Im Fall der Nichtbeachtung der Vorschrift des § 5 von seiten des Kommissionärs wird für diesen zivilrechtlich nur der Verlust der Provision begründet. Rücktritt und Schadenersatz wäre hier für den Kommittenten ungeeignet, dafür tritt der Verlust des Provisionsanspruches sofort nach Ablauf der 14tägigen Frist ein, ohne daß es des Setzens einer Nachfrist von seiten des Kommittenten bedarf. Das Gesetz erwähnt nichts von einem Verzicht auf das Stückeverzeichnis. Die herrschende Meinung nimmt mit Recht an, daß ein solcher möglich ist und zwar auch formlos und generell. Nur Wulff[23] und Stenglein[20]† nehmen an, daß der Verzicht in der Form des § 3 B. G. B. erklärt werden muß, doch sagt die herrschende Meinung durchaus zutreffend, daß eine für einen bestimmten Fall gegebene erschwerende Formvorschrift bei Stillschweigen des Gesetzes nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden dürfe.

Die Vorschriften für den Umtausch von Wertpapieren finden auch auf den Bezug junger Aktien Anwendung. Unberührt bleiben von den Vorschriften der §§ 5 und 6 Umtauschaktien, bei denen der Bankier nur Vertreter des Eigentümers im tatsächlichen Sinne ist. Hierher gehört der Umtausch von Interimsscheinen in definitive Stücke und die Empfangnahme neuer Stücke an Stelle verloren gegangener amortisierter. Die Begründung[2]* rechnet

hierzu auch S. 47 den Umtausch beschädigter Stücke gegen neue, „da hier kein Anschaffungsgeschäft vorliege und kein Zweifel bestehe, daß der Vertreter unmittelbar für den Vertretenen Besitz erwerbe". Hiergegen führt mit Recht von Pechmann[16] aus S. 27, daß es gar nicht darauf ankommt, ob ein Anschaffungsgeschäft vorliegt oder nicht, und darauf, ob der Kommissionär den Besitz der in Empfang zu nehmenden Wertpapiere zunächst für sich oder seinen Auftraggeber erwirbt. Lediglich kommt es darauf an, ob der Kommissionär dem Dritten als Vertreter des anderen oder als Kommissionär d. h. in eigenem Namen gegenübertritt. Da die Interimsscheine, wie auch das Ausschlußurteil auf den Namen des Auftraggebers lauten, handelt der Bankier hier als dessen Vertreter. Dagegen kann der Umtausch beschädigter gegen neue Stücke sehr wohl unter die Kommissionsgeschäfte des § 5 fallen.

§ 6. Die letzte zivilrechtliche Bestimmung des Dep.-Ges. betrifft den Fall, daß mehrere Kommissionäre bei der Ausübung eines Kommissionsauftrages mitwirken. Dies ist z. B. immer dann der Fall, wenn der Lokalbankier von seinem Kunden Auftrag bekommt, Papiere einzukaufen oder zu verkaufen, die an dem Wohnsitz des Lokalbankiers keinen Markt haben. Der Lokalbankier gibt dann den Auftrag seines Kunden an den an einem Börsenplatz wohnenden Zentralbankier weiter. Dieser hat nach § 397 H. G. B. ein gesetzliches Pfandrecht und ein Zurückbehaltungsrecht an dem in seinem Besitz befindlichen Kommissionsgut wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften. Regelmäßig wurde durch Vertrag des Lokalbankiers mit dem Zentralbankier dieses Pfandrecht dahin erweitert, daß es ohne Rücksicht auf den Entstehungsgrund der Forderung alle Wertpapiere des Lokalbankiers ergriff, die in den Besitz des Lokalbankiers gelangt waren. Dieses Pfandrecht des Zentralbankiers bezog sich auf alle Wertpapiere des Lokalbankiers, bei denen er gutgläubig war, d. h. wo er nicht wußte, und ohne grobe Fahrlässigkeit wissen mußte, daß die betr. Papiere dem Lokalbankier nicht

gehörten und dieser auch kein Verfügungsrecht, d. h. kein Recht zur Verpfändung hatte (§ 366 H. G. B. und § 208 B. G. B.). Der Lokalbankier unterließ es nun vor dem Depotgesetz fast immer, dem Zentralbankier mitzuteilen, daß die Papiere nicht seine eigenen, sondern fremde waren, und machte somit den Zentralbankier nie bösgläubig. Dort, wo der Lokalbankier als Kommissionär des Kunden in eigenem Namen auftrat, war er auch nicht verpflichtet, dem Zentralbankier mitzuteilen, daß die Papiere fremde waren. Aber auch dort, wo er nicht im eigenen Namen zu handeln befugt war, unterließ es der Lokalbankier häufig, dem Zentralbankier diese Mitteilung zu machen. So kam es, daß die Effekten des Kunden dazu dienten, den Kredit des Lokalbankiers beim Zentralbankier zu heben. Fiel dann der Lokalbankier in Konkurs, so hatte der Zentralbankier ein Aussonderungsrecht an dem Depot des Kunden des Lokalbankiers, während der Kunde selbst vielfach seines Eigentums verlustig ging oder sich mit einer mageren Konkursdividende begnügen mußte, obwohl er selbst mit dem Zentralbankier in keinerlei Beziehung stand. Diese dem Recht vor dem Depotgesetz zwar entsprechende, aber unerträgliche und unhaltbare Rechtslage abzuändern und das Eigentumsrecht des Hinterlegers für den Fall der Mitwirkung mehrerer Kommissionäre bei der Ausführung eines Kommissionsauftrages sicher zu stellen, war eine wichtige Aufgabe des Dep.-Ges.

Deshalb bestimmt § 8 Abs. 1 Dep.-Ges., daß ein Kaufmann, der im Betrieb seines Handelsgewerbes fremde Wertpapiere einem Dritten zum Zwecke der Aufbewahrung, der Veräußerung, des Umtausches oder des Bezuges von neuen Wertpapieren übersendet, diesem mitteilen muß, daß die Papiere fremde sind, und daß er ferner bei der Weitergabe einer Einkaufskommission dem anderen Kommissionär die Mitteilung macht, daß diese Anschaffung für fremde Rechnung erfolgt. Diese Pflicht der Mitteilung, daß die Papiere fremde seien, besteht nicht, 1. wenn der Lokalkommissionär die Papiere als dep. irregulare besitzt, da sie ja dann sein

Eigentum und nicht fremde sind, 2. wenn die Papiere zwar noch als dep. irregulare sich beim Lokalbankier befinden, dieser aber durch einseitige Willenshandlung sich dieselben aneignen darf. Dies ist dann der Fall, wenn dem Bankier eine dem § 2 entsprechende Ermächtigung erteilt ist. Es wird hier, wie Adler sagt, der Aneignungsakt gewöhnlich in dem Absenden der Papiere an den Zentralbankier erblickt werden dürfen. 3. Die Pflicht zur Mitteilung entfällt ferner immer dann, wenn der Lokalkommissionär seinen Kommissionsauftrag durch Selbsteintritt erfüllt, da es sich dann um eigene Papiere handelt. 4. Der Lokalbankier ist ferner von der Mitteilung entbunden, wenn sein Kunde ihm den Verzicht auf Absendung des Stückverzeichnisses erklärt hat. Dieser 4. Fall, bei dem die Mitteilungspflicht wegfällt, tritt jedoch nur dann ein, wenn man dem Verzicht auf das Stückverzeichnis die Wirkung eines Verzichtes auf den Eigentumsübergang überhaupt beilegt. Wenn einer dieser Fälle nicht vorliegt, dann muß der Lokalkommissionär dem Zentralkommissionär die Mitteilung machen, daß die übersandten Papiere fremde sind bezw. bei der Einkaufskommission, daß die Anschaffung für fremde Rechnung geschehe. Die Folge dieser Mitteilung ist nach Absatz 2, daß dem Zentralbankier an diesem ihm als fremd bezeichneten Papieren ein Pfand- und Zurückbehaltungsrecht nur wegen solcher Forderungen gegen seinen Auftraggeber zusteht, welche mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind. Dieses Pfand- und Zurückbehaltungsrecht ist aber praktisch vollkommen wertlos, da seiner Durchführung unüberwindliche Schwierigkeiten banktechnischer Art entgegenstehen. Der Zentralbankier müßte soviel einzelne Geld- und Depotkonti anlegen, als der Lokalbankier Kunden hat, aber auch hierdurch könnte eine Evidenthaltung der einzelnen Forderungen, die zur Geltendmachung des Pfandrechtes nötig ist, nicht erreicht werden. Denn oft, wenn z. B. zwei Kunden des Lokalbankiers gleichlautende Aufträge über dieselben Wertpapiere dem Lokalbankier geben, wird dieser sie als einen Sammelauftrag

an den Zentralbankier gelangen lassen, so daß dieser nicht erkennen kann, ob es sich um einen oder mehrere Aufträge handelt. Da also das Pfand- und Zurückbehaltungsrecht des § 8 für den Zentralbankier keinen Wert hat, fehlt diesem für seine Forderung gegen den Lokalbankier, der ihm mitteilt, daß die Papiere fremde sind, jede Sicherheit. In dieser Lage haben die Berliner Banken in einer Vereinigung vom 21. Juli 1896 den einstimmigen Beschluß gefaßt, „es abzulehnen, in laufendem Geschäft mehr als zwei Depotkonti anzulegen, und zwar das eine Konto A für diejenigen Effekten, welche dem Kommissionär für seine Ansprüche haften, das zweite Konto B für diejenigen Wertpapiere, welche nach § 8 des Depotgesetzes als fremde bezeichnet werden. Dieses zweite Konto B sei aber nicht geeignet, im laufenden Geschäft als Kreditunterlage zu dienen, auch nicht für diejenigen Forderungen, die aus den einzelnen Geschäften speziell für diese (fremde) Wertpapiere herrührten. Es folgt dann die Erklärung, daß Aufträge zum Ankauf für fremde Rechnung nur dann ausgeführt werden, wenn entweder der volle Kaufpreis zugleich mit dem Auftrag berichtigt wird, oder wenn der Lokalbankier auf die Uebersendung des Stückeverzeichnisses verzichtet. Diesem Verzicht wird, wie schon erwähnt, dann ausdrücklich die Bedeutung beigelegt, daß die Papiere als dep. irregulare sich im Eigentum des Zentralbankiers befinden, bis der Kaufpreis tatsächlich bezahlt oder auf Grund getroffener Vereinbarung durch Kontobelastung berichtigt ist. Erst dann erfolgt eine Uebertragung der Papiere auf Konto B. Dem Lokalbankier bleibt also nach der Erklärung der Berliner Großbanken, die inzwischen in die Geschäftspraxis allgemein Eingang gefunden hat, nur die Möglichkeit, entweder sofort mit jedem Weitergeben einer Einkaufskommission den Preis vollständig zu bezahlen. Dies wird er nur dann können, wenn ihm bereits von seinem Kunden der Preis bezahlt ist; oder sofern letzteres noch nicht geschehen ist, was wohl die Regel sein wird, wird sich der Lokalbankier von seinem Kunden eine dem § 2

Dep.-Ges. entsprechende Ermächtigung erteilen lassen, wodurch er die Möglichkeit hat, das Eigentum an den Papieren zu erwerben. Jetzt braucht er die Papiere dem Zentralbankier nicht als fremde zu bezeichnen, sie gelangen jetzt in Depot A und können als Kreditunterlage dienen. Bei dieser Lage hat allerdings der Kunde wieder nur einen obligatorischen Anspruch an den Papieren. Es ist deshalb auch gesagt worden (Neukamp[13] bei Holdheims Monatsschrift, VII S. 139), daß der Radikalismus der Berliner Banken, der den auf Konto B liegenden Wertpapieren jede Pfandhaftung abspreche, unberechtigt sei. Zweifellos ist, daß durch dieses Verhalten der Banken das Deposit regulare zu gunsten des Deposit irregulare sehr zurückgedrängt wurde. Trotzdem wird man dieses Vorgehen der Berliner Banken nicht als unberechtigt und zu schroff ansehen dürfen; denn das Pfand- und Zurückbehaltungsrecht des § 8 Absatz 2 ist für sie praktisch wertlos.

§ 7. Ehe die im B. G. B. geregelten Depotarten betrachtet werden können, müssen erst wenige Worte über das Verhältnis des Dep.-Ges. zum B. G. B. vorausgeschickt werden. Das Depotgesetz ist, wie schon bemerkt, ein Spezialgesetz gewerbepolizeilicher Art, das keineswegs das Depotrecht regelt, sondern nur für einzelne genau bestimmte Depotgeschäfte besondere Normen und Vorschriften aufstellt.

Das Depotrecht als solches ist im B. G. B. und H. G. B. geregelt und wenn auch diese Gesetze zeitlich später als das Depotgesetz in Kraft traten, so ist es durchaus richtig, daß das Depotgesetz eine Ergänzung und Fortsetzung der in diesen Gesetzen aufgestellten Normen bedeutet. Durch das Inkrafttreten des B. G. B. und H. G. B. wurde am Depotgesetz nichts geändert (Art. 2 E. G. B. G. B.), das Depotrecht findet eine gesetzliche Rechnung hauptsächlich in den §§ 688—700 B. G. B. unter dem Titel Verwahrung. Diese Paragraphen wären eingehend zu betrachten, wenn es sich darum handelte, zu zeigen, wie das Depotrecht im einzelnen gesetzlich geregelt ist. Dies soll aber hier nicht

geschehen, es sollen eben nur die im Gesetz selbst geregelten Depotarten herausgeschält werden. Es sollen also, wie oben gesagt, die Depotgeschäfte nach juristischen Unterscheidungsmerkmalen eingeteilt werden, und zwar hier diejenigen Depotarten, die im Gesetz selbst vorkommen. Es kommt deshalb für die Behandlung der im B. G. B. geregelten Depotarten hier nur § 700 in Betracht, da die §§ 688—699 nur von dem Depot regulare handeln, dessen Wesen schon bei Erörterung des § 1 Dep.-Ges. betrachtet wurde.

§ 700 B. G. B. lautet: „Werden vertretbare Sachen in der Art hinterlegt, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden die Vorschriften über das Darlehen Anwendung. Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer, hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen, so finden die Vorschriften über das Darlehen von dem Zeitpunkte an Anwendung, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet. In beiden Fällen bestimmen sich jedoch Zeit und Ort der Rückgabe im Zweifel nach den Vorschriften über den Verwahrungsantrag.

Bei der Hinterlegung von Wertpapieren ist eine Vereinbarung der im Abs. 1 bezeichneten Art nur gültig, wenn sie ausdrücklich getroffen wird."

Der Unterschied zwischen diesem Paragraphen und den §§ 1 und 2 Dep.-Ges. ist leicht ersichtlich. Erstens ist der Rahmen des § 700 viel weiter. Er umfaßt alle vertretbaren Sachen, das Depotgesetz gilt nur in den in § 1 bestimmten Grenzen und für die dort bestimmten Personen. Außerdem muß nach § 700 Abs. 2 die Vereinbarung der in Abs. 2 bestimmten Art nur ausdrücklich erfolgen, sie kann also auch mündlich und generell abgegeben werden. Dies genügt nach § 2 Dep.-Ges. nur, wenn der Hinterleger und Verpfänder selbst gewerbsmäßig Bank- und Geldwechselgeschäfte betreibt, sonst muß diese Ermächtigung schriftlich und für jedes einzelne Geschäft erteilt werden. Bei der

Frage, in welchem Augenblick das Eigentum auf den Verwahrer in den Fällen des § 700 B. G. B. übergeht, ist über den in Abs. 1 Satz 1 bestimmten Fall kein Streit. Wenn vertretbare Sachen derart hinterlegt werden, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen soll, so ist hier in dieser Art des Hinterlegens zweifellos, die in § 929 B. G. B. geforderte Einigung zu erblicken.

Dagegen nimmt in dem in Satz 2 behandelten Falle, wo dem Verwahrer gestattet wird, hinterlegte vertretbare Sachen zu gebrauchen, die herrschende Meinung mit Recht an, daß der Eigentumsübergang erst dann stattfindet, wenn der Hinterleger von der Gestattung Gebrauch macht und sich die hinterlegten Sachen durch ihr Verbrauchen aneignet, nicht aber schon mit der Erteilung der Gestattung. Es besteht also hier das gleiche Kannrecht wie bei der erteilten Ermächtigung des § 2 Dep.-Ges. Es liegt also wieder ein modifiziert reguläres Depot vor.

Ehe nun eine Zusammenstellung der bis jetzt aus den gesetzlichen Bestimmungen herausgeschälten Depotarten erfolgen kann, muß noch die Frage betrachtet werden, ob man das dep. irregulare, das, wie eben gezeigt, bei einem Tatbestand des § 700 Abs. 1 Satz 1 B. G. B. gegeben ist und im Fall des § 2 Dep.-Ges. und § 700 Abs. 1 Satz 2 B. G. B. entstehen kann, überhaupt als eine Art des Depositums betrachten darf. Von vielen Seiten wird dies bestritten und erklärt, daß dieses irreguläre Depot überhaupt kein Depositum mehr sei, sondern ein Darlehen, oder doch ein Mittelding zwischen beiden. Cosack[4]* IV. Aufl. Bd. I § 154 S. 567 sagt, daß das depositum irregulare eine Art Darlehen sei, da der Darlehensempfänger gleichsam den Wert der Darlehenssachen für den Darlehensgeber verwahren müsse. Ebenso Niemayer[15] in seiner Dissertation dep. irregulare, Halle 1888. § 700 bestimmt nun auch, daß grundsätzlich für den irregulären Verwahrungsertrag die Vorschriften über Darlehen zur Anwendung kommen, allerdings mit zwei Ausnahmen, wo die Bestim-

mungen über Verwahrung Platz greifen. Diese Ausnahmen enthalten, wie Riesser[18] richtig bemerkt S. 35, gerade die für die Verwahrung wesentlichen Bestimmungen über Ort und Zeit. Außerdem ist das depositum irregulare nicht unter dem Titel über Darlehen, sondern unter Verwahrung geregelt. Vor allem besteht neben diesen rechtlichen Unterscheidungsmerkmalen ein großer wirtschaftlicher Unterschied. Das Darlehen erfolgt im Interesse des Darlehenempfängers, ihm wird Geld kreditiert, beim irregulären Verwahrungsvertrag hat der Hinterleger in erster Linie sein Interesse im Auge. Er will der Mühe der Aufbewahrung enthoben sein. v. Schey[19] sagt a. a. O. S. 35, S. 354: die Kreditierung ist nicht der Zweck der Hingabe, sondern nur die zufällige Form des Anvertrauens fungibler Sachen zum Zweck der custodia. Dies ist auch die Auffassung von Dernburg[4]† 2. Aufl. Bd. 2, § 351 S. 520; Planck[16]* S. 351; Adler[4] S. 37—39. Man darf also den irregulären Verwahrungsvertrag als eine besondere Art der Depotgeschäfte ansehen.

§ 8. Demnach ergibt eine Zusammenstellung der bis jetzt betrachteten gesetzlich geregelten Depotgeschäfte folgende Gruppierung:

1. Ein depositum regulare liegt vor in den Fällen der §§ 688—699 B. G. B. und des § 1 Dep.-Ges., wenn nicht durch § 2 Abweichendes bestimmt ist.

2. Am nächsten diesem rein regulären Depot steht der Fall, wo zwar noch kein dep. regulare vorliegt, noch nicht einmal ein dep. irregulare, wo aber ein dep. regulare zur sicheren Entstehung kommen wird, wenn überhaupt ein Depot entsteht. Dieser Fall liegt vor, bei der durch eine Einkaufskommission entstehenden Depotart. Hier kann der Kommittent durch seine Aufforderung den Kommissionär zur Absendung des Stückeverzeichnisses und damit zur Entstehung des dep. regulare zwingen. Wenn der Kommissionär hierauf das Stückeverzeichnis nicht absendet, kann

der Kommittent von dem Geschäft zurücktreten, worauf dann überhaupt kein Depot entsteht.

3. Dem dep. regulare steht auch der Fall nahe, daß in der Form des § 2 Dep.-Ges. eine Ermächtigung über die Papiere zu verfügen, erteilt worden ist, hierunter aber nicht jede Verfügung gemeint ist, sondern nur eine ganz bestimmte Verfügung, etwa die Vertretung in der Generalversammlung oder die Verpfändung für eine bestimmte Schuld. Man kann dies auch ein modifiziertes depositum regulare nennen, doch besteht ein großer Unterschied von diesem und dem in nächster Nummer behandelten sog. modifizierten regelmäßigen Depot. Hier, wo eine Ermächtigung über die Papiere in einem ganz bestimmten Fall zu verfügen gemeint ist, kann dieses Depositum sich nie in ein depositum irregulare verwandeln.

4. Es sind hier an vierter Stelle drei Fälle zu nennen, wo zwar ein depositum regulare vorliegt, dieses aber durch einseitige Willenshandlung des Verwahrers sich in ein depositum irregulare verwandeln kann. Riesser[18] gebraucht auch hierfür den Namen modifiziertes reguläres Depot. Es wäre vielleicht zweckmäßig, hier von einem modifizierten depositum irregulare zu sprechen und den Ausdruck modifiziertes depositum regulare nur für den Fall unter Nummer 3 zu verwenden.

Solche modifizierten deposita irregularia, die zwar noch keine sind, aber solche werden können, liegen vor

A. bei einer nach § 2 Dep.-Ges. erteilten Ermächtigung über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen (hier ist keine bestimmte Verfügung wie unter Nummer 3, sondern eine unumschränkte Verfügung gemeint);

B. bei einer nach § 2 Dep.-Ges. erteilten Ermächtigung gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren;

C. bei einer nach § 700 Abs. 1 Satz 2 B. G. B. erteilten Gestattung vertretbare Sachen zu verbrauchen.

In diesen drei Fällen A, B, C entstehen erst durch das tatsächliche Gebrauchmachen von der Ermächtigung bzw. Gestattung deposita irregularia.

5. Reine deposita irregularia liegen vor bei einem Fall des § 700 Abs. 1 Satz 1 B. G. B. und bei der Einkaufskommission, wenn ein Verzicht auf das Stückeverzeichnis erteilt ist § 3 II Dep.-Ges.

Teil II.

§ 9. In der auf der vorigen Seite gegebenen Zusammenstellung sind die durch den Beschluß der Großbanken zur Entstehung gelangten Depots A und B nicht erwähnt, da diese selbst nicht durch die Gesetzgebung geregelt sind, sondern nur im Anschluß an die Gesetzgebung entstanden sind. Wollte man sie in die umstehende Tabelle einreihen, so würde das Depot A, das die nicht als fremd bezeichneten Wertpapiere enthält, vor Nr. 5 einzureihen sein. Dieses Depot bildet den Gegensatz zu den drei unter Nr. 4 behandelten Fällen; dort ist jedesmal ein dep. regulare vorhanden, das sich durch eine Willenshandlung des Verwahrers in ein dep. irregulare verwandeln kann, hier bei Depot A ist ein dep. irregulare vorhanden, aber durch eine Handlung des Hinterlegers, nämlich durch Zahlung des Betrages oder durch Verrechnung auf Kontokorrent kann der Verwahrer veranlaßt werden, die Wertpapiere aus Depot A in Depot B zu legen. Hierdurch verwandelt sich das irreguläre Depot in ein reguläres. Dieses Depot B ist zweifellos ein durchaus reguläres Depot, es fiele also in der Zusammenstellung unter Nr. 1.

Diese bei den Großbanken entstandenen Depots A und B bilden den Uebergang zu den im folgenden zu betrachtenden Depotarten. Wie schon erwähnt, sind Depot A und Depot B im Gesetz selbst keineswegs geregelt, doch wurden sie, veranlaßt durch die Gesetzgebung (§ 8 Dep.-Ges.), von der Praxis geschaffen. Im folgenden sind nun die Depotarten zu behandeln, die mit der Gesetzgebung in keinem Zusammenhang stehen, also weder im Gesetz

behandelt noch durch die Gesetzgebung veranlaßt, aber trotzdem in der Praxis vorkommen. Ihr Verhältnis zur Gesetzgebung, vor allem die Frage, ob diese im folgenden zu behandelnden Depotgeschäfte der Praxis, jetzt, nachdem das Depotgesetz die Depotarten geregelt hat, noch rechtlich vorkommen dürfen, wird erst am Schlusse der Arbeit zu behandeln sein.

§ 10. Es soll im folgenden das Giro-Effektendepot der Bank des Berliner Kassenvereins einer näheren Erörterung unterzogen werden. Bis jetzt ist dieses in der Literatur[1]) nur flüchtig gestreift.

Im Jahre 1869 entstand unter Einrichtung und Leitung der Bank des Berliner Kassen-Vereins der Liquidationsverein für Zeitgeschäfte an der Berliner Fondsbörse, der sich die Aufgabe gestellt hatte, das Liquidationsgeschäft an den Stichtagen der Berliner Börse dadurch zu erleichtern und zu beschleunigen, daß die Mitglieder des Vereins verpflichtet wurden, die Regulierung ihrer Zeitgeschäfte durch das Liquidationsbureau zu bewirken. Diese Regulierung geschah im Wege der Skontration.

Bei der ersten Skontration am 27. Februar 1869, für die neun Effektengattungen ausgewählt waren, beteiligten sich 250 Firmen. Rasch stieg die Zahl der Vereinsmitglieder wie auch die Zahl der zur Skontrierung zugelassenen Effekten. Die größte Ausdehnung hatte der Liquidationsverein im Geschäftsjahr 1899/1900; die Zahl der zur Skontrierung zugelassenen Effektengattungen betrug 65, die Zahl der Mitglieder 512. Seit Inkrafttreten des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896, welches den Ultimohandel in Industrie- und Bergwerkaktien verbot, verringerte sich auch die Tätigkeit des Liquidationsvereins. 1900, im 50. Jubiläumsjahr

[1]) Korn S. 47–51 würdigt die wirtschaftliche Bedeutung, ohne aber auf die rechtliche Bedeutung überhaupt einzugehen. Diese behandeln kurz P. Adler S. 41 und Riesser S. 28, 29a, 1 Staub Exkurs zu § 424 S. 1503, Düringer-Hachenburg S. 500 Nr. 4, Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts § 100 Ziffer 5 S. 510, Crome, System des B. G. B. § 277 II. S. 751.

der Bank des Berliner Kassen-Vereins, betrug nach der Denkschrift[1]) die Zahl der Mitglieder 377, die der skontrierten Effektengattungen 40.

Wenn auch durch die Skontrierungstätigkeit des Liquidationsvereins die Abwickelung der Ultimogeschäfte bedeutend erleichtert wurde, so war hierdurch noch nicht das Endziel der praktischsten Abwicklung erreicht. Denn der Rest, der sich nicht durch die Skontration erledigen ließ, mußte durch effektive Lieferung erfüllt werden. Um diese effektive Lieferung, die zeitraubend war und durch das jedesmalige Hin- und Hertragen mit Gefahr für die Effekten verbunden, zu ersparen, erklärte sich die Bank des Berliner Kassen-Vereins im Jahre 1872 auf eine Anregung Berliner Großkaufleute bereit, die vom Liquidationsverein zugelassenen Effekten in Depot zu nehmen und zu Lieferungszwecken Depotscheine auszugeben. Diese Einrichtung fand anfänglich rege Benutzung, doch haften ihr, wie die Jubiläumsschrift S. 35 anführt, noch erhebliche Mängel an, die in Verbindung mit der internationalen Wirtschaftskrisis, die nach der Gründungsperiode einsetzte, schon nach zweijährigem Bestehen wieder zur Aufgabe der Depoteinrichtung führte. Ende der 70er, Anfang der 80er Jahre hob sich die Industrie und damit auch die Börsentätigkeit wieder gewaltig; es machten sich die alten Schwierigkeiten bei der effektiven Lieferung der Wertpapiere wieder bemerkbar. 1881 trat daher eine Anzahl Berliner Bankhäuser mit der Bank des Berliner Kassen-Vereins in Verbindung, um die Einrichtung eines Depotinstituts zu veranlassen, das die Aufgabe haben sollte, den Giroverkehr für Effekten in ähnlicher Weise einzuführen, wie er für den Geldverkehr schon lange üblich war. Die Bank des Berliner Kassen-Vereins sollte also die hauptsächlich an der Berliner Börse gehandelten Effekten zur Aufbewahrung annehmen und lediglich gegen Schecks zur jederzeitigen

[1]) Die Bank des Berliner Kassenvereins 1850—1900, Denkschrift zum 1. X. 00. S. 34.

Verfügung halten, insbesondere sollten durch den Ueberweisungsscheck Wertpapiere von dem einen Konto auf ein anderes übertragen werden können. Auf Grund dieser Beratungen wurde die Errichtung des Giro-Effektendepots beschlossen, das am 5. Januar 1882 seine Tätigkeit begann. In der ersten Geschäftsordnung waren außer preußischen Konsols 38 Effektengattungen zur Aufnahme in das Giro-Effektendepot zugelassen, 1900 betrug diese Zahl 127, Ende 1908 154. Wirkte das Inkrafttreten des Börsengesetzes von 1896 durch das darin enthaltene Verbot des Ultimoverkehrs in Industrie- und Bergwerksaktien auf den Liquidationsverein ungünstig, so vermehrte es andererseits die Tätigkeit des Giro-Effektendepots bedeutend. Die Absicht des Gesetzgebers, die Spekulation in diesen Papieren einzuschränken, ist nicht gelungen; sie wurden durch das Börsengesetz zwar von dem Ultimogeschäft ausgeschlossen, dafür wurden sie jetzt Geschäfte des Kassamarktes, und wurden hier durch die Tätigkeit des Giro-Effektendepots erledigt. Die Anzahl der jährlich ausgeschriebenen Schecks vermehrte sich infolgedessen von 58 000 im Jahr 1896 auf 128 000 im Jahre 1899. Sehr interessant ist eine Betrachtung der neuesten Zahlen von 1908, die mir die Bank des Berliner Kassen-Vereins in liebenswürdigster Weise in Form der abgedruckten Tabelle zur Verfügung stellte. Während 1907 die Gesamtzahl der Schecks rund 150 000 betrug (genau 149 306) war 1908 diese Zahl auf rund 111 000 gesunken (genau 111 514). Dagegen ist der Prozentsatz der Umschreibungen, die auf die Ultimotage entfallen, von 38,28% im Jahre 1907 auf 42,26% im Jahre 1908 gestiegen. Hier zeigt sich schon eine Wirkung der Novelle zum Börsengesetz von 1908, nach der der Ultimohandel in Bergwerks- und Industriepapieren unter besonderen Voraussetzungen wieder zugelassen ist. Kurz vor Erlaß des Börsengesetzes von 1896, das den Ultimoverkehr in diesen genannten Papieren ganz verbot, war der Prozentsatz des Gesamtumsatzes, der auf die Ultimotage entfiel, am stärksten, er betrug im Jahre 1895 68,11%.

Giro-Effekten-Depot der Bank des Berliner Kassen-Vereins 1882—1900.

Jahr	Mitglieder am Jahresschluß	Effekten-gattungen am Jahresschluß	Gesamt-umsatz in Millionen Mk.	Davon sind durch Umschreibungen geordnet %	Davon entfallen auf die Ultimo Tage %	Gesamtzahl der Schecks	Durchschnittsbetrag in Schecks	Eingang effektiv eingeliefert Posten-Anzahl	Eingang effektiv eingeliefert Kurswert in Mill. Mk.	Eingang auf volle Schecks gutgeschrieben Anzahl	Eingang auf volle Schecks gutgeschrieben Kurswert in Mill. Mk.	Zusammen Anzahl	Zusammen Kurswert in Mill. Mk.	Ausgang Anzahl	Ausgang Kurswert in Mill. Mk.
1882	50	51	1096 56	52 78	55 12	5 737	87 529	1 998	305 05	2 937	285 36	4 935	594 41	5 737	502 15
1883	79	83	2016 49	60 50	54 71	13 750	70 483	3 940	437 31	7 524	610 03	11 464	1047 34	13 750	969 15
1884	87	92	3321 79	63 19	57 56	23 917	67 984	6 719	646 28	13 265	1049 54	19 984	1695 82	23 917	1625 97
1885	89	90	2854	62 77	54 56	25 494	57 912	6 206	483 11	12 603	895 42	18 809	1378 53	25 494	1476 42
1886	86	92	2872 97	65 37	55 74	23 140	61 306	6 504	515 35	12 015	938 99	18 519	1454 35	23 140	1418 63
1887	90	96	1977 22	60 44	59 75	21 834	45 832	6 497	379 04	10 800	597 48	17 297	976 53	21 834	1000 70
1888	106	119	4359 33	64 47	56 03	31 590	62 463	10 951	860 89	15 751	1148 25	26 702	2009 14	30 339	1836 25
1889	118	125	8549 89	69 36	52 59	50 721	70 492	16 855	1400 04	24 328	1902 34	41 163	3302 39	45 984	3121 90
1890	135	126	8529 97	72 17	59 09	55 979	65 218	17 430	1181 46	27 156	1831 03	44 586	3012 49	50 008	3023 55
1891	150	124	6601 03	69 81	59 59	50 525	55 281	14 284	934 33	23 445	1187 22	37 729	2121 56	44 619	2245 79
1892	149	124	5478 86	73 55	63 46	44 231	49 398	14 451	747 19	20 736	939 30	35 187	1686 49	38 102	1641 33
1893	143	122	6074 96	75	56 46	49 744	49 654	14 296	781 96	23 006	1097 97	37 302	1829 93	42 678	1884 97
1894	141	121	8858 47	76 74	58 90	50 832	67 953	18 379	1127 43	23 932	1572 65	42 311	2700 08	41 735	2505 55
1895	150	120	12779 89	78 88	68 11	67 792	73 667	19 418	1358 96	31 937	2291 98	51 355	3650 77	55 050	3631 95
1896	146	126	9579 47	77 76	57 37	58 304	65 080	16 924	985 32	26 516	1588 55	43 440	2573 86	47 108	2733 95
1897	143	120	12769 75	80 77	44 12	87 660	56 382	24 590	1258 08	54 666	2312 71	79 256	3570 79	72 054	3509 85
1898	144	123	14822 46	84 24	40 52	95 514	58 614	24 353	1177 41	64 955	2588 73	89 408	3766 14	77 401	3748 02
1899	149	127	20629 99	85 47	36 99	128 677	60 177	31 780	1517 37	92 765	3697 86	124 555	5215 23	103 907	5171 16

Giro-Effekten-Depot der Bank des Berliner Kassen-Vereins 1900—1908.

Jahr	Mitglieder a. J.-Schluß	Effekten-Gattung	Gesamtumsatz in Millionen Mk.	Davon sind durch Umschreib. geordn. %	Davon entfallen auf die Ultimo-Tage %	Gesamt-Zahl der Schecks	Durchschnittsbetrag eines Schecks	Eingang: effektiv eingeliefert Posten-Anzahl	Eingang: effektiv eingeliefert Kurswert in Mill. Mk.	Eingang: auf rote Schecks gutgeschrieben Anzahl	Eingang: auf rote Schecks gutgeschrieben Kurswert in Mill. Mk.	Eingang: Zusammen Anzahl	Eingang: Zusammen Kurswert in Mill. Mk.	Ausgang Anzahl	Ausgang Kurswert in Mill. Mk.	Gesamtzahl aller Buchungen	Davon entfallen auf die Ultimo-Tage	Davon entfallen auf die Ultimo-Tage in %
1900	148	126	17894 85	86 55	38 15	142 326	47 345	31 044	1160 85	106320	3293 55	137 364	4454 39	116637	4539 12	357 127	84 162	23 57
1901	145	132	12079 54	82 99	42 52	102 281	43 892	25 540	1006 46	61 150	1871 08	86 690	2877 54	81 570	2919 65	251 112	70 709	28 16
1902	142	130	14044 76	84 44	46	104 498	48 247	28 633	1104 87	58 438	1958 68	87 172	3063 55	81 548	3038 81	259 865	76 312	29 37
1903	144	133	16282 22	84 97	40 80	119 220	48 850	31 003	1257 97	68 360	2313 27	99 363	3571 25	92 097	3504 04	299 280	81 338	27 18
1904	142	141	15780 38	83 58	38 32	122 785	46 283	32 310	1266 25	67 814	2155 55	100 133	3421 80	95 031	3480 44	306 494	78 652	25 66
1905	146	149	19298 15	85 67	41 90	130 107	51 218	35 634	1421 61	70 759	2336 79	106 393	3758 40	98 137	3681 01	331 990	91 285	27 50
1906	155	144	17787 53	83 53	41 40	137 543	45 000	36 441	1479 10	71 802	2042 17	108 243	3521 27	101904	3493 72	351 725	94 099	26 75
1907	151	144	14943 40	85 78	38 28	149 306	35 300	32 320	1011 79	93 628	1969 07	125 948	2980 86	117984	3081 50	371 042	87 508	23 59
1908	142	154	12020 43	84 57	42 26	111 514	37 594	29 600	966 83	63 729	1447 34	93 389	2414 17	84 286	2335 57	283 381	80 671	28 46

Die nähere Einrichtung des Giro-Effektendepots ergibt die Geschäftsordnung, die um deswillen hier genauer zu erörtern ist, da sie die einzige Quelle und Grundlage für die sich anschließenden juristischen Untersuchungen bildet.

Als Mitglieder des Giro-Effektendepots werden nur in das Berliner Handelsregister eingetragene Firmen aufgenommen, § 21 I Gesch.-Ordn. Die Mitglieder gehören fast ausschließlich dem Berliner Großhandel an. Ihre Zahl betrug bei der Gründung im Jahre 1882 50, 1900 148, 1908 142. Ueber Anträge wegen Aufnahme als Mitglied entscheidet die Aufnahme- und Einschätzungskommission selbständig, ohne bei Ablehnung Gründe angeben zu müssen, § 21 II und III Gesch.-Ordn. Jedes Mitglied hat nach erfolgter Aufnahme ein Eintrittsgeld von 100 Mark und einen jährlichen Kostenbeitrag, der nach dem zu erwartenden Geschäftsumfang festgesetzt wird und sich in den Grenzen von 100 bis 5000 Mark bewegt, pränumerando zu zahlen, § 20 I Gesch.-Ordn. Die Festsetzung dieses Jahresbeitrags gehört auch zu den Funktionen der Aufnahme- und Einschätzungskommission. Diese setzt sich aus 15 Mitgliedern zusammen, wovon 5 dem Verwaltungsrat, 5 dem Ausschuß der Aktionäre der Bank des Berliner Kassen-Vereins angehören, die übrigen 5 aus Vertretern Berliner Bankinstitute und Handelshäuser gewählt wurden. § 22 Gesch.-Ordn. Diese Kommission erscheint überhaupt als oberstes Organ des Giro-Effektendepots. Zu ihren Funktionen gehört ferner die Ausschließung von Mitgliedern, welche die Bestimmungen der Geschäftsordnung nicht pünktlich einhalten, Schecks über größere Beträge als ihr Guthaben ausstellen oder sonst Veranlassung zur Ausschließung geben. Gründe anzuführen, weshalb die Ausschließung erfolgt, ist die Kommission nicht verpflichtet. Unabhängig von dieser Ausschließung einzelner Mitglieder durch die Kommission ist die Bank des Berliner Kassen-Vereins selbst berechtigt nach vorangegangener Kündigung mit mindestens sechswöchentlicher Frist eine Auflösung sämtlicher Depotkonten herbeizuführen. In

diesem Falle wird den Kontoinhabern der bereits gezahlte Jahresbeitrag pro rata temporis vergütet, § 24 Gesch.-Ordn. Diese Bestimmung im Verhältnis zur vorhergehenden läßt die Organisation des Giro-Effektendepots erkennen. Als oberstes Organ ist zweifellos die Bank des Berliner Kassen-Vereins anzusehen. Ihre Organe sind (§ 9 des Gesellschafts-Statuts, vgl. Jubiläumsbericht S. 83):

1. die Generalversammlung der Aktionäre;
2. der Verwaltungsrat, der dem Aufsichtsrat des H. G. B. entspricht;
3. der Ausschuß der Aktionäre;
4. der Vorstand.

Das Giro-Effektendepotgeschäft ist nicht die einzige, sondern nur eine Aufgabe der Bank des Berliner Kassen-Vereins (vgl. § 3 Ges.-Stat., wo es an letzter, fünfter Stelle aufgeführt ist). Hier bei dem Giro-Effektendepot ist das wichtigste Organ die schon mehrfach erwähnte Einschätzungs- und Aufnahmekommission. Sie hat auch die Entscheidung darüber, welche Wertpapiere in das Giro-Effektendepot aufgenommen werden sollen, § 23 Nr. 5 Gesch.-Ordn. Natürlich sind nur solche Wertpapiere zur Aufnahme geeignet, in denen täglich ein größerer Umsatz an der Berliner Börse stattfindet. Ausgeschlossen sind Lospapiere oder andere mit variabelen Prämien zu verlosende Effekten, § 9 Gesch.-Ordn. Keineswegs ausgeschlossen sind aber verlosbare Effekten. Dies ergibt klar § 11 der Geschäftsordnung, der bestimmt, daß die Eigentümer verlosbarer Effekten, wenn sie nicht die rechtzeitige Herausnahme aus dem Depot vor der Ziehung bewirkt haben, verpflichtet sind, sich die Nummern spätestens an dem der jedesmaligen Ziehung vorhergehenden Börsentage von dem Giro-Effektendepot aufgeben zu lassen. Für den Fall, daß die Giro-Effektenbesitzer dies unterlassen, laufen sie pro rata ihres Besitzes gemeinschaftlich die Gefahren und genießen gemeinschaftlich die Vorteile der Verlosung. Wenn also die Bank des Berliner Kassen-Vereins nicht verpflichtet ist, bei der Verlosung denjenigen Besitzern von Effekten, welche

die Einforderung der Nummernausgabe bis zum Schluß des Tages vor der Ziehung versäumt haben, die ihnen zukommenden Nummern aufzugeben, so ist die Bank hierzu doch berechtigt, § 11 IV Gesch.-Ordn. Die Aufgabe der Nummern erfolgt in diesem Falle spätestens bis 11 Uhr vormittags am Tage der Ziehung, es genügt, wenn bis zu diesem Zeitpunkt die betreffende Benachrichtigung zur Aushändigung an den Interessenten im Banklokale bereitgestellt ist.

§ 11. Diese Bestimmung, daß die Bank zur Aussonderung der verlosbaren Papiere vor dem Ziehungstag berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, führt zur Frage, ob und welche Verwaltungshandlungen die Bank mit den Effekten vorzunehmen hat, und hiermit zu der Frage, welche Depotart vorhanden ist, wenn man die in § 2 der Arbeit angeführte national-ökonomische Unterscheidungsart zu Grunde legt, die das Unterscheidungsmerkmal in dem mit der Aufbewahrung verbundenen Zweck sieht. Sicher abzulehnen ist die Annahme eines Verpfändungsdepots. Wenn auch die Effekten der Bank verpfändet werden können, so geschieht dies nur ausnahmsweise und ist nie der Zweck des Depots. Vielleicht könnte man an ein Aufbewahrungsdepot denken, hier entstünde die Frage, ob reines Aufbewahrungsdepot oder Aufbewahrungsdepot mit Verwaltung vorliegt. Grundsätzlich übernimmt die Bank des Berliner K. V. die Verwaltung der in das Giro-Effektendepot eingelieferten Effekten nicht. § 4 der Gesch.-Ordn. sagt ausdrücklich, daß auf Einziehung fälliger Zins- und Dividendenscheine sowie auf die Ausübung von Bezugsrechten oder auf ähnliche Manipulationen die Bank sich nicht einlasse, daß es vielmehr Sache des Kontoinhabers sei, für die Wahrung seiner Interessen zu sorgen. Wohl aber werden fällige Zins- und Dividendenbogen den Empfangsberechtigten tunlichst am Fälligkeits- bezw. usancemäßigen Abtretungstermin, spätestens jedoch am zweitfolgenden Börsentage ausgeliefert (§ 6 II Gesch.-Ord.). Auch die Beschaffung neuer Zins- und Dividendenscheine

übernimmt die Bank des Berliner K. V. dann, wenn diese in Berlin selbst beschafft werden können. Wenn man deshalb auch wird sagen können, daß die Bank einzelne Verwaltungshandlungen vornimmt, andere dagegen nicht, so ist es doch nicht richtig, von einem Aufbewahrungsdepot mit teilweiser Verwaltung zu sprechen. Zwar werden die Papiere von der Bank in Verwahrung genommen und aufgehoben, aber dies ist nicht der Zweck, den der Hinterleger mit der Einlieferung seiner Effekten befolgt, er will, daß seine Papiere für den Giro-Effektenverkehr benutzt werden können; hierzu ist die Einlieferung an die Bank nur die nötige Voraussetzung, aber nicht eigentlicher Selbstzweck. Man wird also nach der nationalökonomischen Unterscheidungsart das Giro-Effektendepot als eine selbständige Depotart neben das Verpfändungs- und Aufbewahrungsdepot stellen müssen. Daß es sich bei dem Giro-Effektendepot nicht um ein geschlossenes, sondern nur um ein offenes Depot handeln kann, ist selbstredend und ergibt sich aus der ganzen Natur des Depots.

§ 12. Für die Frage, wie sich das Giro-Effektendepot nach der juristischen Einteilungsart in depositum regulare und depositum irregulare qualifiziert, ist hier die Bestimmung des § 7 Gesch.-Ordn. maßgebend. Dieser besagt, daß die eingelieferten Effekten nicht speziell aufbewahrt werden, sondern den gleichnamigen Gesamtbeständen dieser Effekten hinzugefügt werden. Der Einlieferer begibt sich von vornherein des Rechts, bestimmte Nummern oder Abschnitte herauszuverlangen. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, daß ein streng reguläres Depot, bei dem der Hinterleger einen dinglichen Anspruch gerade an den einzelnen hinterlegten Effekten hat, nicht vorliegt. Noch viel weniger aber ist ein dep. irregulare anzunehmen, wie sich aus den Bestimmungen des Abs. II ergibt. Dort heißt es, daß die Bank des Berliner K. V. als Verwalterin des Giro-Effektendepots nicht befugt ist, über die in das Depot eingelegten Stücke anders zu verfügen, als auf Order derjenigen, zu deren Gunsten die betr. Papiere aufbewahrt werden. Vor allem

ist die Bank nicht berechtigt, sich zur Eigentümerin der übernommenen Stücke zu machen, sofern nicht zu ihren Gunsten verfügt ist. Auch kann die Bank an den übergebenen Papieren ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht nur wegen solcher Forderungen geltend machen, die mit Bezug auf die fragl. Papiere selbst entstanden sind. § 7 II.

§ 8 Gesch.-Ordn. besagt, daß die Bank des Berliner K. V., obwohl sie nicht Eigentümerin der hinterlegten Effekten wird, doch berechtigt ist, Dritten gegenüber alle Rechte eines Eigentümers geltend zu machen. Es ergibt sich aus dieser Bestimmung klar, daß die Hinterleger ihren dinglichen Eigentumsanspruch nicht verlieren, sie verzichten nur auf das Recht, genau die einzelnen hinterlegten Stücke zurückzuerhalten. Die Bank ist befugt, die von einem Mitglied hinterlegten Papiere einer Effektengattung mit denen von einem anderen Mitglied hinterlegten Papieren derselben Effektengattung zu vermengen. Die Aufbewahrung erfolgt also hier getrennt nach Effektengattungen, nicht getrennt nach Hinterlegern. Die Haftpflicht der Bank entspricht der des Verwahrers eines dep. regulare. § 25 der Gesch.-Ordn. besagt ausdrücklich, daß für Beschädigung durch Krieg, Aufruhr oder höhere Gewalt die Mitglieder des Giro-Effektendepots die Verluste gemeinschaftlich pro rata des Anteils zu tragen haben, welchen sie am Tage des Verlustes an der gemeinschaftlichen Effektengattung gehabt haben. Es muß deshalb nach dem Gesagten das Sammeldepot als ein Mittelding zwischen depositum regulare und depositum irregulare aufgefaßt werden.

§ 13. Bei den in den vorigen Paragraphen geschilderten Verhältnissen, wie sie bei dem Giro-Effektendepot der Bank des Berliner K. V. vorliegen, ergeben sich höchst interessante sachenrechtliche Fragen, von denen bis jetzt in der Literatur[1]) in einigen Arbeiten die Eigentumsverhält-

[1]) K. Adler, Oesterreichisches Lagerhausrecht S. 151; P. Adler, Bankdepotgeschäfte S. 44; Sachs, Getreideniederlagen S. 478; R. G. E. Bd. XXI. S. 33; Staub, S. 1505; Cosack S. 510; Staudinger; Jacobson, Bankarchiv Jahrg. II. S. 186.

nisse kurz berührt sind, dagegen die Besitzverhältnisse noch nirgends auch nur andeutungsweise gestreift sind. Es soll im folgenden ein erster Versuch einer eingehenden Erörterung dieser Fragen unternommen werden.

Da nach dem schon erwähnten § 7 der Gesch.-Ordn. die einzelnen Effekten nicht speziell aufbewahrt werden, sondern den gleichartigen Effektengattungen zugefügt werden und der Hinterleger auf das Recht, bestimmte Stücke und Nummern zurückzuverlangen, verzichtet, verliert er das Eigentum an den einzelnen hinterlegten Stücken; es muß ein Miteigentum der Hinterleger untereinander angenommen werden. Staudinger[21*] — Kober 3. u. 4. Aufl. — sagt zwar § 949 S. 337, daß sich bei dem Sammeldepot an den Eigentumsverhältnissen der einzelnen Hinterleger gar nichts ändere, so lange eine Trennung tatsächlich noch möglich wäre. Es ist nicht recht zu verstehen, wie Kober sich dieses Eigentum der einzelnen Hinterleger vorstellt. Nach seiner Ansicht bliebe der Hinterleger Eigentümer der einzelnen individuellen Stücke, da er aber darauf verzichtet hat, diese einzelnen individuellen Stücke herauszuverlangen, so läge Eigentum vor, bei dem der Hinterleger auf seinen Herausgabeanspruch (§ 985 B. G. B.) verzichtet hat. Wenn also die Bank von den vermischten Papieren, die von einem Hinterleger eingelieferten Papiere einem Andern ausliefert, wozu sie durchaus berechtigt ist, so ist es unverständlich, woran jetzt noch ein Eigentum des ersten Hinterlegers bestehen soll. Kober[12*] zitiert Dernburg[11] und Crome,[10*] dort heißt es aber ausdrücklich S. 751 § 277 II, daß das Eigentum der Hinterleger nicht unberührt bleibt, es geht nicht auf den Verwahrer über, vielmehr gehört die Gesamtmasse der vermischten Gegenstände den Eignern gemeinschaftlich und jeder hat daran das Recht auf einen Bruchteil, der seiner ursprünglichen Einlage gleichkommt. Ebenso sagt auch Düringer[11*]-Hachenburg S. 500, daß die mehreren Hinterleger vertretbarer Wertpapiere Miteigentümer der miteinander vermengten Wertpapiere werden. Zwar stehen nicht alle Hinterleger in Mit-

eigentumsverhältnis an dem gesamten Bestand aller in dem Giro-Effektendepot befindlichen Papiere, sondern es bestehen so viele Miteigentumsverhältnisse, wie Effektengattungen vorhanden sind. Gegenwärtig also 154. Daß dem so ist, ergeben zweifellos die tatsächlichen Verhältnisse; wenn jemand preußische Konsols hinterlegt, erwirbt er wohl ein Miteigentum an den im Depot befindlichen preußischen Konsols aber natürlich nicht an den im Depot befindlichen Beträgen der Deutschen Reichsanleihe oder der Bayerischen Ablösungsrente. Dieses Miteigentum kann durch Vermengung entstehen. Heute sind für Vermengung die §§ 948 und 947 B. G. B. maßgebend, im gemeinen Recht bestand hier eine große Kontroverse zwischen Windscheid[31] auf der einen Seite und Dernburg[11] und Brinz[6] auf der anderen Seite. Windscheid[31] führt aus, Pand. I S. 610 § 1892, daß wenn Sachen so miteinander vermischt werden, daß eine Trennung, wenn auch an und für sich möglich, doch faktisch unausführbar ist, sich an den Eigentumsverhältnissen an und für sich nichts ändere; für die praktische Ausführung trete aber an die Stelle des Eigentums an den nicht mehr auffindbaren Sachen Miteigentum an sämtlichen zu einem der Zahl und dem Wert der nicht mehr auffindbaren zu bestimmenden Teile. Dernburg[11] Pand. I § 210 Abs. II und Brinz[6] Bd. I § 146 IV erkennen hier ein Miteigentum nicht an, sondern nehmen an, daß jedem Beteiligten Eigentum an der Quantität zusteht, welche dem Betrag des Zuschusses von seiner Seite entspricht. Das B. G. B. steht auf dem von Windscheid[31] vertretenen Standpunkte. Es erkennt das von Dernburg[11] und Brinz[6] behauptete Quantitätseigentum nicht an, sondern läßt durch Vermengung Miteigentum zu ideellen Quoten entstehen. Geteilt zu denken ist nicht die Sache selbst, sondern das an der Sache bestehende Eigentumsrecht (Planck[22*] S. 340a 3 und Staudinger[28*] S. 276 a I).

Es erhebt sich die Frage, in welchem Augenblick dieses Miteigentum entsteht. Hierzu sind von wenigen Schrift-

stellern bereits drei verschiedene Ansichten laut geworden. Als zweifellos falsch muß die eines ungenannten amerikanischen Autors zurückgewiesen werden, die Sachs[25] a. a. O. zitiert. Darnach soll im Augenblick der Einlieferung der Hinterleger sein Eigentum an den Verwahrer verlieren und erst wenn dieser die hinterlegten Sachen mit anderen vermengt hat, soll Miteigentum für den Hinterleger entstehen. Mit Recht sagt K. Adler[1] S. 151: „Wie aus diesem Eigentum des warehouseman (der Verwahrer ist hier Lagerhalter) Miteigentum der Einlagerer durch Vermengung entstehen kann, erklärt der unbegreifliche Amerikaner nicht." K. Adler ist der Ansicht, daß mit der Einlieferung, also schon vor der tatsächlichen Vermengung Miteigentum für den Hinterleger entsteht. So auch Staub[28*] S. 1503 Nr. 3, aber ohne Begründung. Jacobson,[14] Bankarchiv Jahrg. II S. 186 und P. Adler[2] S. 43 führen aus, daß das Miteigentum erst im Augenblick der tatsächlichen Vermengung entstehe. So lange also die Effekten noch nicht der gleichartigen Effektengattung einverleibt seien, bestände das Sondereigentum des Hinterlegers noch fort. Es muß P. Adler[1*] zugegeben werden, daß, wenn man die Entstehung des Miteigentums durch Vermengung annimmt, dann dieses Miteigentum der Hinterleger erst durch die tatsächlich erfolgte Vermengung entsteht. Nach § 947 und § 948 B. G. B. ist die Entstehung dieses Miteigentums an die rein objektive Voraussetzung der tatsächlichen Vermengung geknüpft. Die Parteien haben weder auf den Zeitpunkt, in dem das Miteigentum hier entstehen soll, noch auf die Entstehung selbst irgendwelchen Einfluß, auch gegen den Willen der Parteien entsteht, wenn nur die objektiven Voraussetzungen der §§ 947, 948 vorliegen, Miteigentum (vgl. Biermann[2*] S. 157 Vermischung bezügl. Vermengung ist kein Rechtsgeschäft und Planck[22*] S. 250). Wenn also die Konstruktion P. Adler's[2] als juristisch durchaus richtig und dem B. G. B. entsprechend anerkannt werden muß, so habe ich doch Bedenken, diese Konstruktion Adler's hier anzuwenden. Denn es entspricht der Absicht der Parteien

sicher mehr, das Miteigentum von dem immer kontrollierbaren Augenblick der Einlieferung an anzunehmen, als erst von dem ganz unkontrollierbaren und auf Zufall beruhenden Augenblick der tatsächlichen Vermischung. Auch Staub[28]* nimmt Miteigentum an vom Augenblick der Einlieferung in das Depot, ohne dies aber zu begründen. Allerdings muß bei einem Versuch, das Miteigentum schon im Moment der Einlieferung zu konstruieren, auf die Entstehung des Miteigentums durch Vermengung ganz verzichtet werden; denn hier entsteht, wie eben ausgeführt und mit P. Adler[2] anzuerkennen ist, erst durch die tatsächliche Vermengung das Miteigentum der Hinterleger.

Nicht nur kraft Gesetz, sondern auch durch Rechtsgeschäft kann Miteigentum entstehen (Planck[22]* S. 340a 2). Es gelten hier beim Erwerb des Miteigentums die allgemeinen Rechtssätze wie beim Alleineigentum (Staudinger[28]†-Kober S. 276a 20). Zwar wird gewöhnlich, wenn Miteigentum durch Rechtsgeschäft erworben wird, dies derart geschehen, daß zwei oder mehrere Personen zusammen von einer dritten Eigentum an einer Sache erwerben. Man wird aber auch annehmen dürfen, daß Miteigentum so entstehen kann, daß ein Alleineigentümer A einer Sache X einem anderen B einen ideellen Teil seines Eigentums veräußern kann. A und B sind dann beide Miteigentümer derselben Sache X. Ebenso kann dann umgekehrt B, der Miteigentum an X, der Sache des A erworben hat, von einer ihm allein gehörigen Sache Y dem A einen ideellen Teil veräußern (vgl. Krauel[13]* 43, Eigentumserwerb S. 31/32; P. Wolff[33], Das schlichte Mobiliareigentum, S. 29).

Ebenso muß man auch die Möglichkeit zugeben, daß der Hinterleger eine ideelle Quote seiner Wertpapiere an die Bank, als Vertreterin der anderen Hinterleger, die bereits gleichartige Papiere eingeliefert hatten, veräußern kann. Die Bank veräußert dann ihrerseits eine Quote des bereits vorhandenen Miteigentums der Hinterleger an den neuen

Hinterleger. Diese Veräußerung des Miteigentums geschieht in der gleichen Weise wie die des Alleineigentums, also nach § 929 ff. B. G. B. Das Bedenkliche an dieser Konstruktion liegt meines Erachtens darin, ob man wirklich die in § 929 geforderte Einigung als vorhanden ansehen darf. Beide Parteien (die Bank als Vertreterin der bereits vorhandenen Hinterleger und der neue Hinterleger) müssen den Willen haben, einen ideellen Teil des vorhandenen Miteigentums einerseits und der zu hinterlegenden Sache andererseits zu übertragen und zu erwerben. Vielleicht — und dies wäre die einzige Möglichkeit, diese Konstruktion zu halten — könnte man diese Einigung in folgendem erblicken. Der Hinterleger muß gemäß § 26 Gesch.-Ordn. eine Beitrittserklärung unterschreiben, in der es heißt: „Nachdem mir auf meinen Antrag die Bank des Berliner Kassen-Vereins ein Giro-Effektenkonto eröffnete, ist mir ein Exemplar der Geschäftsordnung für das Giro-Effektendepot der gen. Bank VII. Auflage 03 eingehändigt, und trete ich nach Maßgabe der Bestimmung dieser Geschäftsordnung als Mitglied dem Giro-Effektendepot bei." Durch diese Erklärung drückt der Hinterleger seine Einwilligung mit der Bestimmung des § 7 Abs. I Gesch.-Ordn. aus. Danach begibt sich der Einlieferer von vornherein des Rechtes, bestimmte Nummern oder Abschnitte zurückzuverlangen, die eingelieferten Effekten werden nicht speziell aufbewahrt, sondern dem gleichnamigen Gesamtbestand dieser Effektengattung hinzugefügt. Aus dieser Bestimmung darf wohl entnommen werden, daß die Parteien die Entstehung eines Miteigentumsverhältnisses wollen, und zwar wie es heißt „von vornherein". Durch eine Vermengung entsteht, wie schon ausgeführt, zwar auch Miteigentum; aber 1. erst durch die tatsächlich erfolgte Vermengung, 2. ohne daß der Wille irgendeine Rolle spielt. Wenn man nun aus § 7 Abs. 1 Gesch.-Ordn. herausliest, daß 1. die Parteien die Entstehung des Miteigentums wollen und 2. dies von vornherein wollen, so darf man vielleicht diesen Willen so deuten, daß die Parteien alles das wollen, was eine sofortige

Entstehung des Miteigentums herbeizuführen geeignet ist, daß sie also gegenseitig ideelle Quoten von dem vorhandenen Miteigentum einerseits und der hinterlegenden Sache andererseits veräußern und erwerben wollen.

Sieht man so eine Einigung als vorhanden an, so macht die Uebergabe bezüglich deren Surrogate keine Schwierigkeiten mehr. Der Hinterleger übergibt durch körperliche Uebergabe an die Bank die zu hinterlegenden Papiere: Bei der Bank wird die Uebergabe dadurch ersetzt, daß sie bezüglich der schon in ihrem Besitz befindlichen Papiere, ein Miteigentumsrecht des neuen Hinterlegers anerkennt und auch diese Papiere für den neuen Hinterleger aufbewahrt (§ 931 B. G. B.). Nimmt man diese Konstruktion an, so entsteht im Augenblick, wie der neue Hinterleger seine Papiere der Bank übergibt, Miteigentum. Aber es liegt nicht ein Miteigentum vor wie bei dem durch Vermengung entstehenden Miteigentum, sondern jetzt, wo die Papiere der Bank übergeben sind, aber noch nicht mit anderen vermengt, sind zwei Miteigentumsverhältnisse vorhanden. Die Bank (immer natürlich in ihrer Eigenschaft als Vertreterin der Hinterleger, die bereits ihre Papiere hinterlegt hatten) und der neue Hinterleger sind Miteigentümer: 1. der bereits vorhandenen Papiere der bestimmten Effektengattung; 2. der neu zu hinterlegenden Papiere der gleichen Effektengattung. Durch die dann vorgenommene Vermengung kann jetzt natürlich kein neues Miteigentum unter den Parteien entstehen, da ja die Parteien bereits Miteigentümer der getrennten Sachen waren. Es entsteht eben nur aus den zwei Miteigentumsverhältnissen ein Miteigentumsverhältnis. Die Vermengung entspricht hier genau dem Fall, daß zwei Miteigentümer zweier Bücher diese in einen Band binden lassen.

Es soll hier noch ein von dem vorigen durchaus verschiedener Weg gezeigt werden, wie sich vielleicht das Eigentumsverhältnis der Hinterleger zur Bank erklären ließe. Es dient hierbei nicht als Grundlage der im vorigen er-

wähnte § 7 Gesch.-Ordn., sondern § 8 Gesch.-Ordn., der folgenden Wortlaut hat: „Ungeachtet die Bank des Berliner Kassen-Vereins nicht Eigentümerin der zu hinterlegenden Effekten wird, ist sie doch berechtigt, Dritten gegenüber alle Rechte eines Eigentümers geltend zu machen." Man könnte hierin vielleicht eine fiduziarische Uebereignung der Hinterleger an die Bank erblicken. Die Einigung kann darin gesehen werden, daß der Hinterleger durch seine Unterschrift (§ 26 Gesch.-Ordn.) sich mit § 8 Gesch.-Ordn. einverstanden erklärt, die Uebergabe erfolgt dann durch körperliche Hingabe der Papiere. Es muß hier auf die Frage eingegangen werden, wie man die fiduziarische Uebereignung überhaupt auffaßt. Nach Biermann[2*] (Allg. Teil 08, § 69 S. 236) wird durch die fiduziarische Uebereignung auf den Fiduziar Eigentum derart übertragen, daß für diesen nur eine obligatorische Verpflichtung zur Rückveräußerung entsteht Eine derartige Veräußerung liegt hier beim Giro-Effektendepot zweifellos nicht vor, da § 7 und § 8 Gesch.-Ordn. deutlich aussprechen, daß die Bank nicht Eigentümerin der hinterlegten Papiere werden soll. Im Gegensatz zu Biermann[2*] entsteht nach der herrschenden Meinung (vgl. Jäger[15] K.O. § 43 Anm. 17 S. 364 und die dort Zitierten) nur Eigentum des Fiduziars im Außenverhältnis, d. h. im Verhältnis zu Dritten, dagegen bleibt im Innenverhältnis, d. h. in den Beziehungen des Fiduziars zu dem anderen Teil, diesei Eigentümer. Das R. G.[23] (E. 45 S. 80) verwirft zwar die Unterscheidung zwischen äußerem und innerem Eigentum und setzt an deren Stelle die Begriffe formelles juristisches Eigentum, welches dem Fiduziar zusteht und materielles wirtschaftliches Eigentum, welches der Veräußerer besitzt. Diese Konstruktion der fiduziarischen Uebereignung wurde hier nur als ein dritter Konstruktionsversuch erwähnt. Nach Ansicht des Verfassers liegt eine fiduziarische Uebereignung deswegen hier nicht vor, da § 8 Gesch.-Ordn. nur besagt, daß die Bank berechtigt ist, alle Rechte eines Eigentümers geltend zu machen. Es sollen ihr also, wie der Wortlaut des § 8 zu

sagen scheint, nicht die Rechte eines Eigentümers zugewiesen werden, etwa derart, daß sie diese Rechte im eigenen Namen geltend machen können. Der Wortlaut des § 8 scheint vielmehr darauf hinzudeuten, daß die Bank eine allgemeine generelle Vertretungsbefugnis besitzt, nicht für sich, sondern für die Hinterleger Dritten gegenüber die Rechte eines Eigentümers geltend zu machen.

Verfasser nimmt also an, daß bei dem Giro-Effektendepot Miteigentumsverhältnisse der einzelnen Hinterleger vorliegen, und zwar werden diese Miteigentumsverhältnisse durch Einigung und Uebergabe begründet, erst durch die tatsächliche Vermengung entsteht aus den mehreren ein Miteigentumsverhältnis. Es ist klar, daß es sich hier nur um Miteigentum nach Bruchteilen handeln kann, denn Miteigentum zur gesamten Hand entsteht nach B. G. B. nur in den im Gesetz besonders normierten Fällen, und ein solcher liegt hier nicht vor. Deshalb kommen hier nur die §§ 1008 und 741 ff. B. G. B. in Betracht. Die Rechtstellung der einzelnen Giro-Konto-Inhaber ist analog der der Einlagerer, die den Lagerhalter ermächtigt haben, vertretbare Sachen mit anderen von gleicher Art und Güte zu vermischen, § 419 H. G. B. Vor allem ist die Bestimmung, wonach der Lagerhalter aus dem durch die Vermischung entstandenen Gesamtvorrat jedem Einleger den ihm gebührenden Anteil ausliefern kann, ohne daß er hierzu der Genehmigung der anderen bedarf, analog anzuwenden (vgl. Staub[28]* S. 1504a, 12; Düringer[11]*-Hachenberg S. 500, 4; Cosack[9]* S. 512). Auch durch die Gesch.-Ordn. erleiden die Bestimmungen über die Gemeinschaft noch Modifikationen vor allem durch den schon erwähnten § 8, wonach die Miteigentümer die Geltendmachung ihrer Rechte gegenüber Dritten der Bank übertragen haben. Die den Hinterlegern als Miteigentümer zustehenden Rechte des § 749 B. G. B., eine Auseinandersetzung herbeizuführen, sind hier durch § 20 II Gesch.-Ordn. insofern modifiziert, als die Hinterleger nur ein Recht haben aus dem Giro-Effektendepot auszuscheiden (vgl. Seeler[28], Miteigentum

S. 82/83. Dagegen stehen den Hinterlegern die Rechte des § 747 zu, über ihre Anteile verfügen zu können.

Innerhalb fünf Tagen zu präsentieren.

H.
№ **33329**

E...... *P.*.....

Die **Bank des Berliner Kassen-Vereins, Giro-Effekten-Depot,** wird hierdurch beauftragt, aus $\frac{\text{meinem}}{\text{unserem}}$ Bestande

an..... ...oder Überbringer

auszuhändigen. BERLIN, den.....ten 190

(Firmenstempel)

(Im Original weißes Papier)

H.
№ **80835**

E. K. cred...... *E.*..... *P.*.....

Die **Bank des Berliner Kassen-Vereins, Giro-Effekten-Depot,** wird hierdurch beauftragt, aus $\frac{\text{meinem}}{\text{unserem}}$ Bestande für

.....

gutzuschreiben. BERLIN, den.....ten 190

(Firmenstempel.)

(Im Original rotes Papier)

E.
№ 005476 *

E. ..... *P.* .....

Die **Bank des Berliner Kassen-Vereins, Giro-Effekten-Depot,** wird hierdurch beauftragt, von $\frac{\text{meinem}}{\text{unserem}}$ Bestande zu Gunsten und zur Verfügung de..... Herr

.....

aufzubewahren.

BERLIN, den ten 190

(Firmenstempel)

(Im Original grünes Papier)

§ 14. Eine Verfügung der Hinterleger über die im Depot befindlichen Wertpapiere kann nach § 13 Gesch.-Ordn. nur mittels ordnungsmäßig ausgestellter Schecks geschehen. Es sind weiße, rote und grüne Scheckformulare gebräuchlich. Die weißen Schecks dienen zur Aushändigung der Papiere in natura, sei es also, daß der Aussteller selbst aus irgendeinem Grunde die Papiere zurückerhalten will (z. B. vor einer Verlosung, § 2 Gesch.-Ordn.), sei es, daß sie ein anderer erhalten soll, so stellt er einen weißen Scheck aus. An jeden Präsentanten dieses Schecks wird darauf die betreffende Anzahl Effekten ausgeliefert. Die Bank des Berliner Kassen-Vereins ist zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Legitimation des Ueberbringers zu prüfen, § 14 I Gesch.-Ordn. Will der Hinterleger seine Effekten oder einen bestimmten Betrag einem anderen übereignen, der auch Mitglied des Giro-Effektendepots ist, so erfolgt die Uebergabe mittels eines roten Schecks. Die Bank schreibt gegen Aushändigung dieses Schecks die betreffende Quantität der zu übereignenden Papiere dem Konto des Veräußerers ab und dem des Erwerbers zu. Dieser kann

dann über die fraglichen Effekten seinerseits frei verfügen. Ein weißer Scheck kann zu dieser Giroübertragung von einem Konto auf das andere dann verwendet werden, wenn er auf der Vorderseite mit dem deutlich geschriebenen oder gedruckten Vermerk „nur zur Verrechnung" versehen ist, § 14, II Gesch.-Ordn. Auch für mehrere Empfänger kann ein solcher Ueberweisungsscheck ausgestellt werden (Gesamtscheck), auf der Vorderseite ist dann der Vermerk „für umstehende Orders" anzubringen. Nie kann aber ein Scheck über mehrere Effektengattungen lauten, für jede Effektengattung muß ein besonderer Scheck ausgestellt werden. Die grünen Schecks endlich dienen zur Verpfändung. Der Pfandgläubiger erwirbt durch die Empfangsannahme dieses grünen Schecks ein Pfandrecht, der Pfandschuldner bleibt Eigentümer der Papiere.

Auf einzelne Bestimmungen über diese grünen Verpfändungsschecks wird später noch näher einzugehen sein.

Zunächst ist die juristische Natur und Bedeutung der weißen und roten Schecks zu untersuchen. Sicher sind diese in der Geschäftsordnung als „Schecks" bezeichneten Formulare keine Schecks im Sinn des Scheckgesetzes vom 1. April 1908. Es fehlen hier zwei der im § 1 des Scheckgesetzes aufgezählten Erfordernisse: 1. die Bezeichnung Scheck in der Urkunde selbst; 2. die Bezeichnung einer Geldsumme. Lessing[19] (Das Scheckgesetz von 1908, Erl. zu § 1, 3 S. 22) sagt ausdrücklich, daß die Effektenschecks nicht unter das Scheckgesetz fallen, er rechnet sie unter Berufung auf Conrad zu den Traditionspapieren. Conrad[10] (Handbuch des deutschen Scheckgesetzes 1908, S. 22–23) führt aus, daß die Aehnlichkeit zwischen dem Geld- und dem Effekten-Scheck nur eine rein äußerliche, in der gleichartigen Form begründete sei. Es erscheint durchaus richtig, wie Conrad[10] ausführt, daß der Geldscheck auf eine bestimmte Summe Geldes lautet, also auf Zahlungsmittel, der Effektenscheck dagegen auf Wertpapiere, also auf Handelsobjekte. Da das H. G. B. Waren im eigentlichen Sinn und

Wertpapiere prinzipiell einander gleich und diesen beiden gegenüber die Zahlungsmittel behandelt, bezeichnet Conrad auch die Effekten als Waren im weiteren Sinne und nennt deshalb die Effekten-Schecks Warenpapiere, obwohl sie nicht wie gewöhnliche Warenpapiere auf Waren im engen Sinn, sondern auf Effekten, d. h. Waren im weiteren Sinn, lauten. Soweit darf man, wie ich glaube, Conrad[10] durchaus zustimmen. Dagegen halte ich es nicht für richtig, diese neuen Warenpapiere, die Effektenschecks, analog den Lagerscheinen, denen sie, wie Conrad[10] sagt, im wesentlichen kongruent seien. Die Aehnlichkeit mit dem Lagerschein liegt darin, daß beide über Waren lauten. Dies ist auch die einzige Aehnlichkeit, und wie ich glaube, eine rein äußerliche. Der Lagerschein ist ein von dem Lagerhalter abgegebenes, schriftliches Versprechen, das Lagergut an den im Lagerschein bezeichneten Empfänger oder bei Orderlagerscheinen an dessen Order auszuliefern. Dagegen enthalten die bei dem Giro-Effektendepot gebräuchlichen Schecks eine Aufforderung des Hinterlegers an die Bank des Berliner Kassen-Vereins, die im Scheck nach dem Nominalwert bezeichneten Papiere an den im Scheck genannten Empfänger oder Ueberbringer auszuliefern (weiße Schecks) oder dem im Scheck bezeichneten Konto gutzuschreiben (rote Schecks). Hier wird also der Verwahrer vom Aussteller (dem Hinterleger) aufgefordert etwas zu tun, beim Lagerschein dagegen verspricht der Aussteller, der hier Verwahrer ist, eine Leistung. Deshalb möchte ich im Gegensatz zu Conrad[10] die Effektenschecks nicht neben die Lagerscheine des H. G. B. § 424 stellen. Viel eher könnte man sie unter die Anweisung des B. G. B. § 783 rechnen, mit der sie in der Tat gewisse Aehnlichkeit besitzen. Das Wesen der Anweisung besteht nach B. G. B. § 783 in einer doppelseitigen Ermächtigung. Der Anweisungsempfänger ist ermächtigt, in eignem Namen die Leistung, die auf Geld, Wertpapieren oder andere vertretbare Sachen lauten kann, bei dem Angewiesenen zu verlangen, und der Angewiesene ist ermächtigt, für Rech-

nung des Leistungsempfängers diese Leistung zu bewirken. Nach dem Wortlaut der Schecks der Bank des Berliner Kassen-Vereins heißt es, daß die Bank beauftragt wird, Wertpapiere auszuhändigen bezüglich gutzuschreiben. Es ist also anstelle der einen Ermächtigung ein Auftrag getreten. Dies ist aber mit dem Wesen der Anweisung durchaus vereinbar (vgl. Cosack[9]* § 151, I, 2. B. S. 550), aber auch wenn der Angewiesene verpflichtet ist, diese Anweisung zu erfüllen, so besteht diese Verpflichtung doch immer nur im Verhältnis des Angewiesenen zum Anweisenden, nicht aber zum Anweisungsempfänger; denn die Vereinbarung des Anweisenden und des Angewiesenen ist nicht ein Vertrag zu Gunsten des Dritten, des Anweisungsempfängers. Der Anweisungsempfänger erhält erst einen Anspruch gegen den Angewiesenen, wenn dieser die Anweisung angenommen hat, § 784 B. G. B. Wenn daher der Scheck der Bank des Berliner Kassen-Vereins Anweisungen im Sinne des B. G. B. wären, so hätte der Empfänger des Schecks gegen die Bank selbst durchaus keinen Anspruch auf Honorierung, er wäre lediglich ermächtigt, den Scheck der Bank zu präsentieren. Dies ist aber wohl mit § 14 Gesch.-Ordn. nicht vereinbar, wonach die Bank verpflichtet erscheint, die im ordnungsmäßig ausgestellten Scheck genannten Aufforderungen zu erfüllen. Noch ein zweiter Punkt spricht gegen die Auffassung der Schecks als eine Art Anweisung. Bei der Anweisung müssen immer drei Personen vorhanden sein: Anweisender, Anweisungsempfänger und Angewiesener. Die weißen Schecks der Bank des Berliner Kassen-Vereins dienen aber auch, um eine Aushändigung an den Hinterleger selbst zu bewirken (vgl. §§ 5 III und 11 III Gesch.-Ordn.). Hier sind also Anweisender und Anweisungsempfänger dieselben Personen (analog wie bei Schecks an eigene Order).

Es ist bis jetzt nur in negativer Richtung festgestellt, daß die Schecks der Bank des Berliner Kassen-Vereins weder Scheck im Sinne des Scheckgesetzes von 1908, noch eine Art Lagerschein oder Anweisung sind.

Ich glaube, daß die juristische Bedeutung dieser sog. Schecks der Bank des Berliner Kassen-Vereins eine mehrfache ist. Einmal enthalten sie eine reine Formvorschrift, wie der Hinterleger die Lösung des Depotvertrags verlangen kann. Da der Depotvertrag als Realvertrag aufzufassen ist, endigt er, wenn der Verwahrer den Besitz der hinterlegten Sache nicht mehr für den Deponenten ausübt. Das Verlangen des Hinterlegers, daß der Verwahrer aufhöre für ihn zu besitzen, kann der Hinterleger hier nur äußern in der Form einer auf den Scheck geschriebenen Aufforderung. Nach dieser Seite hat der Scheck eine ähnliche Bedeutung, wie eine Vorschrift, die besagt, daß Kassenstunden der Bank nur von 9—5 Uhr sind, und daß Samstags um 3 Uhr geschlossen wird.

Da aber diese Schecks (weiße und rote) einen Anspruch verkörpern, nämlich die Aufforderung, das Depotverhältnis zu lösen und die hinterlegte Sache herauszugeben, § 695 B. G. B., so kann auch dieser durch den Scheck verkörperte Anspruch, der durch die Formalbedeutung des Schecks an diesen geknüpft ist, durch den Scheck selbst übertragen werden und so erhält der Scheck die Bedeutung eines Wertpapiers.

Der eben erwähnte Anspruch auf Herausgabe ist ein rein obligatorischer und entspringt aus dem Verwahrungsvertrag. Daneben besteht noch ein dinglicher Anspruch auf Herausgabe des Eigentums, der seine Quelle in § 985 B. G. B. hat. Auch dieser dingliche Anspruch wird durch den Scheck verkörpert, aber er ist im Gegensatz zu dem obligatorischen Anspruch nicht an den Scheck gebunden, sondern kann auch ohne den Scheck geltend gemacht werden.

Die letzte Bedeutung dieser Schecks ist eine rein sachenrechtliche, nur durch die Schecks sollen Verfügungen über die eingelegten Wertpapiere zulässig sein, § 14 Gesch.-Ordn. Es soll also die Möglichkeit, wie der Hinterleger über seine deponierten Papiere verfügen kann, durch diese Schecks bestimmt und begrenzt werden. Es erhebt sich hier ein

Bedenken, ob überhaupt die Parteien (d. h. die Bank des Berliner Kassen-Vereins und die Hinterleger) die Möglichkeit haben, sachenrechtliche Bestimmungen durch Parteiabrede zu modifizieren. Denn eine solche Modifikation liegt zweifellos vor, wenn § 13 sagt, daß nur durch diese Schecks Verfügungen über die im Depot befindlichen Wertpapiere zulässig sind. Also andere Verfügungen sachenrechtlichen Inhalts, die nicht durch Schecks geschehen konnten, wären demnach wirkungslos.

Nach zwei Seiten hin ist das Sachenrecht durchaus zwingender Natur, das der Parteiabrede nicht unterliegt. Einmal lassen sich außer dem im Gesetz behandelten dinglichen Rechten keine weiteren dinglichen Rechte durch Vertrag begründen. Dann kann an dem Inhalt des dinglichen Rechtes durch die Parteien nichts geändert werden (vgl. Staudinger-Kober S. 4 III). Um beides handelt es sich hier nicht; die Gesch.-Ordn. und die Schecks wollen kein neues dingliches Recht begründen, noch an dem Inhalt eines solchen (hier des Eigentums) etwas ändern, sondern nur die Befugnis zur beliebigen Verfügung soll ausgeschlossen werden und dadurch die Eigentumsübertragungsarten teils ausgeschlossen, teils modifiziert werden. Da man aus § 137 B. G. B. S. 2 entnehmen kann, daß Verfügungsbeschränkungen schlechthin durch Rechtsgeschäft begründet werden können, wird man folgern können, daß es auch zulässig ist, bestimmte Arten der Veräußerung auszuschließen, da sich diese gegenüber der Verfügungsbeschränkung schlechthin als ein Minus darstellt. Allerdings geht aus § 137 S. 1 hervor, daß, wenn der Verfügungsbeschränkung zuwider, eine Verfügung getroffen ist, diese voll wirksam bleibt und der Verfügende nur obligatorisch aus § 137 S. 2 zu einem eventuellen Schadenersatz verpflichtet ist (Cosack[9]* I S. 176 § 58 III, 3, Biermann[2]* Allgemeiner Teil S. 180 § 853 d). Hiernach erscheinen diejenigen Verfügungen, die nicht ohne Scheck vorgenommen werden können, zwar vertraglich ausgeschlossen, sie müssen aber hier doch betrachtet werden, da, wenn diese Ver-

fügungen gültig vorgenommen sind, sie voll wirksam bleiben und nur eine Schadenersatzpflicht begründen können. Was nun die Modifikationen des Eigentumserwerbes betrifft, so glaube ich, daß solche dann zuzulassen sind, wenn sie eine Erschwerung des Erwerbes gegenüber den Bestimmungen des B. G. B. darstellen. In § 929 bis 931 hat das B. G. B. die Voraussetzungen normiert, durch die Eigentum im Wege eines Rechtsgeschäftes übertragen werden kann. Diese in § 929 ff. bestimmten Voraussetzungen müssen als Mindestmaß vorliegen, die Parteien können z. B. nicht mehr Eigentum übertragen durch bloße Willenseinigung wie im code civil (la possesion vaut titre). Aber es wird zulässig sein, daß die Parteien den Eigentumsübergang vertraglich erschweren und außer den in § 929 ff. Voraussetzungen noch weitere verlangen, etwa, daß die Uebergabe nicht nur durch Abtretung des Herausgabeanspruches ersetzt wird (§ 931), sondern daß noch eine gleichzeitige Benachrichtigung des unmittelbaren Besitzers nötig ist, also analog der Pfandbestellung § 1205 II. Vielleicht könnte man annehmen, daß hier bei der Verfügung durch Schecks eine solche Benachrichtigung des Verwahrers erforderlich wäre, so daß der neue Erwerber erst in dem Augenblick Eigentümer der Effekten wird, wenn er die Schecks der Bank vorlegt. Ich glaube dies nicht annehmen zu sollen. § 14 der Gesch.-Ordn. besagt, daß die Aushändigung an den Ueberbringer eines weißen Schecks erfolgt; hier ist unter Aushändigung aber wohl nur die Uebertragung des unmittelbaren Besitzes gemeint. Die Eigentumsübertragung erfolgt hier sowohl bei Benutzung weißer wie roter Schecks durch Einigung des Erwerbers und durch Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruches. Dieser dingliche Herausgabeanspruch ist, wie schon gesagt, durch die Schecks verkörpert. Durch die Gesch.-Ordn. wird er an sie geknüpft und hierin liegt eine Erschwerung des Eigentumserwerbes gegenüber § 931, wonach die Abtretung mündlich und formlos erfolgen kann. Hier muß die Abtretung schriftlich unter Benutzung von Schecks geschehen. Deshalb geht

hier die Eigentumserwerbung in dem Augenblick vor sich, in dem der Erwerber den Scheck empfängt. Vielleicht erklärt sich aus dieser Tatsache, daß durch die Uebereignung der Schecks auch die in dem Scheck genannten Wertpapiere übereignet werden, weshalb Conrad[10] und ihm folgend Lessing[19] die Effekten-Schecks zu den Traditionspapieren rechnete. Aber es ist nach der ganzen Auffassung und juristischen Bedeutung, die hier den Schecks zugrunde gelegt wurde, daran festzuhalten, daß die Uebereignung der Effekten, die durch die Uebergabe der Schecks sich vollzieht, eine Uebereignung im Sinne von § 931 ist und keine Uebergabe nach § 929, wie bei den Traditionspapieren. Ein Einwand könnte hier erhoben werden, der deshalb vorweg genommen werden soll. Staudinger[18*]-Kober sagt 3. und 4. Auflage S. 307 I: „Wenn der Herausgabeanspruch sich auf Sachen bezieht, die lediglich nach Menge oder Zahl bestimmt und aus einer Sachgesamtheit noch nicht ausgesondert sind, so könne die Uebergabe nicht durch Abtretung des Herausgabeanspruches ersetzt werden." Kober[12*] zitiert eine Entscheidung des R. G. Bd. 52 S. 385. Dort handelt es sich um Teerfässer bei einem Lagerhalter, die nach § 1205 Abs. 2 verpfändet werden sollten, eines sollte nach § 931 übereignet werden. Das R. G. führt aus, daß die Uebergabe deshalb hier nicht ersetzt werden könne, da der Anspruch auf Herausgabe sich nicht auf körperlich bestimmte Gegenstände beziehe. Da auch die Uebergabe immer die Besitzübertragung einer bestimmten konkreten Sache sei, müsse der Herausgabeanspruch, der die Uebergabe ersetzen soll, sich auch auf eine bestimmte körperliche Sache beziehen, hier sei aber der Herausgabeanspruch nicht „konkretisiert". Die Beklagten hatten sich in der Revisionsbegründung auf die Entscheidung R. G. 21 S. 33 berufen, wo das Giro-Effekten-Depot der Bank des Berliner K. V. eingehend geschildert wird. Das R. G. sagt aber in seiner Begründung, daß dort beim Giro-Effekten-Depot die Verhältnisse andere seien, als in dem zur Verhandlung stehenden Fall. Damit

gibt es wohl die Möglichkeit einer Eigentumsübertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruches bei dem Giro-Effekten-Depot zu. Der Unterschied mit dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall besteht vor allem auch darin, daß die einzelnen Fässer Teer von verschiedener Qualität waren.

Bis jetzt wurde der weiße und der rote Scheck durchaus gleich behandelt. Denn beide enthalten die Kündigung des Depotvertrages zwischen Verwahrer und Hinterleger und verkörpern den dinglichen und obligatorischen Anspruch auf Herausgabe des Depots. Deshalb ist die Eigentumsübertragung durch weißen oder roten Scheck sachenrechtlich durchaus dieselbe, sie geschieht jedesmal durch Einigung und Abtretung des dinglichen Anspruches auf Herausgabe (§ 931 B. G. B.).

Der juristische Unterschied zwischen weißem und rotem Scheck ist m. E. obligatorenrechtlicher Natur: der weiße Scheck beendet das Verwahrungsverhältnis der Bank überhaupt, der rote Scheck beendet es nur gegenüber dem Veräußerer und begründet gleichzeitig einen neuen Depotvertrag mit dem Erwerber. Die Bank des Berliner K. V. ist zur Eingehung dieses neuen Depotvertrages denjenigen gegenüber verpflichtet, die sie als Mitglieder des Giro-Effekten-Depots angenommen hat (vgl. § 21, § 15, § 12 Gesch.-Ordn.). Deshalb können auch diese roten Schecks nur Rektapapiere sein und nur auf einen bestimmten Kontoinhaber lauten, dagegen ist es möglich, daß mehrere bestimmte Empfänger in dem Scheck genannt sind, hierdurch wird dieser zu einem Gesamtscheck, verliert aber keineswegs seine Eigenschaft als Rektapapier (§ 15 Gesch.-Ord.). Die weißen Schecks sind sog. hinkende Inhaberpapiere oder qualifizierte Legitimationspapiere im Sinne von § 808 B. G. B. Ein bestimmter Empfangsberechtigter ist zwar genannt, aber die Aushändigung muß auch an einen jeden sonstigen Ueberbringer geschehen, wie die Worte „oder Ueberbringer" besagen. Zu einer Legitimation dieses Ueber-

bringers ist die Bank zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet.

Es soll an dieser Stelle noch eine Möglichkeit erwähnt werden, nach der, wie Verf. annimmt, vollwirksam Eigentum der hinterlegten Effekten übertragen werden kann, ohne Benützung von Schecks. Hierbei muß allerdings der Veräußerer gewärtig sein, daß er von der Einschätzungskommission als Mitglied des Giro-Effekten-Depots ausgeschlossen wird (§ 17 und § 23 IV Gesch.-Ordn.), da diese Verfügung gegen § 13 verstößt. Trotzdem wäre die Verfügung selbst wirksam. Diese Möglichkeit, auf den Erwerber Eigentum zu übertragen, besteht in der Form des constitutums possessoriums § 930 B. G. B., es muß also ein Rechtsverhältnis zwischen dem Erwerber und Veräußerer vereinbart werden, kraft dessen der Erwerber mittelbarer Besitzer wird. Der Veräußerer selbst muß nicht unmittelbarer Besitzer sein, sondern kann seinerseits auch mittelbarer Besitzer sein. (Vgl. Planck[22]* S. 227 a 2, Kober[12]* S. 301 d.) Im vorliegenden Falle kann diese Uebereignung etwa so geschehen, daß ein Bankier seine Wertpapiere im Giro-Effekten-Depot der Bank des Berliner K. V. hat, er veräußert sie an einen Kunden derart, daß er sich mit diesem über den Eigentumserwerb einigt und gleichzeitig mit dem Kunden einen Verwahrungsvertrag schließt, kraft dessen er die Papiere für den Kunden aufbewahrt. Der Kunde erwirbt in diesem Falle durch das constitutum possessorium den mittelbaren Besitz zweiten Grades der Bankier verwandelt sich aus einem Eigenbesitzer ersten Grades in einen Fremdbesitzer ersten Grades, nötig wäre hier nur noch nach dem Depotgesetz eine dem § 2 entsprechende Ermächtigung. Diese Eigentumserwerbsart wurde nur als eine theoretisch mögliche angeführt, praktisch wird sie wohl nie angewendet werden, da die Hinterleger sich nicht einer Ausschließung aussetzen werden.

Außer durch die eben behandelten weißen und roten Schecks können die Hinterleger auch Verfügungen über

die im Depot befindlichen Wertpapiere mittels grüner Schecks vornehmen. Diese dienen ausschließlich zur Verpfändung der in ihnen bezeichneten Effekten zwecks Sicherheit von Lombarddarlehen (§ 16 Gesch.-Ordn.). Diese grünen Schecks bestanden ursprünglich nicht, sie wurden erst im Jahre 1888 veranlaßt durch eine Entsch. des R. Ger. vom 19. April 1888 Bd. 21 S. 33 — die einzige Entscheidung des R. Ger. überhaupt, die das Giro-Effekten-Depot erwähnt. Bis zur Schaffung der grünen Schecks wurde eine Verpfändung der Wertpapiere mittels roter Schecks vorgenommen. In der zitierten Entscheidung des R. G. wird aber diese Verpfändung mittels roter Schecks als ein Anschaffungsgeschäft im Sinne des Reichsstempelgesetzes vom 29. Mai 1885 aufgefaßt und auch deshalb bei einer derartigen Verpfändung ein Schlußnotenstempel verlangt. Das R. G. führt S. 43 aus, daß durch die roten Schecks das volle Verfügungsrecht auf den Scheckerwerber übergehe. Für ein Pfandrecht an den Wertpapieren wäre, wenn der Scheckbesitzer seine Verfügungsmacht über die zu seiner Verfügung gestellten Papiere durch Empfangnahme von der Bank verwirklicht hätte, kein Raum gegeben. Er sei Eigentümer geworden und es bestände für ihn nur die Verpflichtung, bei Rückempfang des Darlehens Wertpapiere in gleicher Art und in gleichem Betrag dem Darlehensschuldner herauszugeben, oder dafür zu sorgen, daß dergleichen Papiere dem Darlehensschuldner auf dem für denselben beim Giro-Effektenverein angelegten Konto gutgeschrieben würden. Aus diesen Worten geht hervor, daß das R. G. einen Kauf mit der Abrede des Wiederkaufes bei Rückzahlung des Darlehens als vorliegend erachtet. In diesem Kauf mit der Abrede des Wiederkaufs besteht, wie das R. G. S. 36, 37 ausführt, das Wesen des uneigentlichen Lombardgeschäftes. Dieses fällt nach der Zirkularverfügung des Kgl. preuß. Finanzministers vom 26. Sept. 1885 Nr. 3 unter den Begriff des Anschaffungsgeschäftes (vgl. Hoyer-Gaupp[12*] — Stempelgesetzgebung 4. Aufl. S. 684). Um diese Stempelgebühr zu vermeiden, wurde

eine neue Art Schecks geschaffen, die ausschließlich für Verpfändung bestimmt sind, so daß durch diese Schecks Eigentum gar nicht übertragen werden kann und deshalb Zweifel, ob ein Anschaffungsgeschäft vorliegt, nicht auftauchen können. Daß die Bank des Berliner K. V. ihren Zweck erreicht hat, läßt ein Bescheid der Berliner Kgl. Provinzialsteuerdirektion an die Herren Wiener & Co. vom 1. November 1888 Nr. 28/447 ersehen, worin anerkannt wird, daß ein unter Hingabe eines grünen Effektenschecks geschlossenes Lombardgeschäft als eigentliches Lombardgeschäft angesehen wird und deshalb nicht stempelpflichtig ist. Der Jubiläumsbericht der Bank des Berliner K. V. sagt S. 36. daß durch die Einführung der grünen Schecks der Effektenverkehr an der Berliner Börse eine bedeutende Erleichterung erfahren hat, und dementsprechend die Benutzung dieser Einrichtung eine außerordentlich starke ist. Im Jahre 1899 betrug der Anteil des Verkehrs in grünen Schecks fast die Hälfte des gesamten Scheckverkehrs des Giro-Effektendepots.

Die Verpfändung selbst geschieht in der Weise, daß die Bank des Berliner Kassen-Vereins, sobald sie einen grünen Scheck in Empfang genommen hat, die einzelnen Stücke, welche dem Pfandrecht unterliegen sollen, nach Appoints und Nummern bestimmt, aus dem Gesamtbestand absondert und für den Darlehensgläubiger getrennt aufbewahrt, also über diese Verpfändungsstücke streng reguläres Depot hält, so daß der Darlehensgläubiger mittelbarer Alleinbesitzer wird. Die zu den verpfändeten Stücken gehörigen Nummerverzeichnisse werden zusammen mit den grünen Schecks aufbewahrt und auf der Rückseite jedes Schecks vermerkt, welche Nummerverzeichnisse zu ihm gehören, so daß jederzeit mit Sicherheit festgestellt werden kann, welche Nummern durch die grünen Schecks verpfändet sind. Das Pfandrecht entsteht für den Darlehensgläubiger nicht schon im Augenblick, wo die Bank von der Verpfändung erfährt, sondern erst dann, wenn sie die eben erwähnte Aussonderung vorgenommen hat. Dies ist

ausdrücklich in der Gesch.-Ordn. § 15 Abs. 3 gesagt. Es heißt weiter in § 16 Gesch.-Ordn., der Besitz an den Effekten geht von dem Aussteller des Schecks auf den Darlehensgläubiger bezügl. für denselben auf die Bank des Berliner K. V. als Pfandbesitz über. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, daß das Pfandrecht bestellt wird entsprechend § 1205 II B. G. B. dadurch, daß der Eigentümer und Pfandgläubiger sich über die Verpfändung einigen und die körperliche Uebergabe dadurch ersetzt wird, daß der Eigentümer dem Pfandgläubiger den mittelbaren Besitz überträgt und dem unmittelbaren Besitzer die Verpfändung anzeigt. Die verpfändeten Effekten werden also von dem Guthaben des Scheckausstellers abgebucht und auf einem besonderen Konto (Pfandkonto) geführt, auf welchem sie zur jederzeitigen und ausschließlichen Verfügung des Darlehensgläubigers aufbewahrt werden. Dieser erhält eine Bescheinigung über den Eingang des Schecks. Gegen Rückgabe dieser Bescheinigung kann der Darlehensgläubiger jederzeit die Herausgabe der verpfändeten Effekten verlangen, er hat zu diesem Zweck auf der Rückseite über den Empfang der Effekten zu quittieren. Die Bank ist verpflichtet, diejenigen Nummernverzeichnisse mitzugeben, welche den grünen Schecks bei der Verpfändung hinzugefügt wurden. An den auf diese Weise ausgelieferten Effekten erhält der Darlehensgläubiger unmittelbaren Besitz, aber natürlich nur Pfandbesitz, er muß nach Erledigung der Verpfändung dem Scheckaussteller dieselben Stücke zurückgewähren. Wenn eine Empfangsbescheinigung an die Bank des Berliner Kassen-Vereins gelangt, ohne daß der Darlehensgläubiger hierdurch Herausgabe der verpfändeten Papiere begehrt, so ist die Bank des Berliner Kassen-Vereins ermächtigt, den grünen Scheck dem Ausssteller als erledigt zurückzugeben, § 16 VI Gesch.-Ordn. Diese Bestimmung entspricht § 1253 S. 1 B. G. B., wonach das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger das Pfand zurückgibt, hier gibt der Pfandgläubiger seinen mittelbaren Alleinbesitz auf, der durch die Empfangsbescheinigung verkörpert wird (vgl.

Planck[22]* S. 807a 2b). Der Aussteller der grünen Schecks bleibt immer Eigentümer der Effekten, als solcher trägt er die Vorteile und Nachteile einer evtl. Verlosung, § 11 Gesch.-Ordn. Er ist zur Erhebung der Zins- und Dividendenscheine berechtigt, welche während der Zeit, innerhalb welcher die grünen Schecks von der Bank des Berliner Kassen-Vereins aufbewahrt werden, usancemäßig abzutrennen sind. Endlich trägt auch der Aussteller als Eigentümer die Gefahr einer durch Krieg, Aufruhr oder höhere Gewalt entstehenden Verlustes, §§ 16 III und 25 Gesch.-Ordn. Dagegen ist der Aussteller zu einer anderweitigen Verfügung über die betreffenden Effekten nicht berechtigt. In der Generalversammlung kann er verpfändete Aktien nur mit Genehmigung des Darlehensgläubigers vertreten.

Als Abschluß der Betrachtungen, wie die Hinterleger über ihre Effekten verfügen können, muß noch die Bestimmung des § 17 Gesch.-Ordn. erwähnt werden. Im Falle ein Giro-Effektenkonto-Inhaber über mehr als sein Guthaben verfügt, wird der betr. Scheck nicht honoriert, außerdem kann die Aufnahme- und Einschätzungskommission das betr. Konto unter schriftlicher Anzeige sofort löschen.

§ 15. Betrachtet man die bei dem Giro-Effektendepot entstehenden Besitzverhältnisse, so muß hier das Verhältnis der Hinterleger zur Bank und das der Hinterleger untereinander geschieden werden. Die Bank ist unmittelbarer Besitzer der hinterlegten Effekten, die Hinterleger sind mittelbare Besitzer; das Charakteristikum für den mittelbaren Besitz ist, wie Kober[12]* S. 151 § 868 I 1 A ausführt, nicht etwa der Wille des unmittelbaren Besitzers, für den mittelbaren Besitzer besitzen zu wollen, sondern das Bestehen eines Rechtsverhältnisses der in § 868 B. G. B. bezeichneten Art. Hier liegt ein Verwahrungsvertrag zu Grunde. Wenn also die Mitglieder des Giro-Effektendepots ihre eigenen Effekten bei der Bank des Berliner Kassen-Vereins hinterlegen, so verwandeln sie sich aus unmittelbaren Eigenbesitzern in mittelbare Eigen-

besitzer, und zwar in mittelbare Besitzer 1. Grades. Ebenso wenn Bankiers die Papiere ihrer Kunden in Verwahrung haben, und diese in das Depot der Bank des Berliner Kassen-Vereins hinterlegen, werden sie hierdurch aus unmittelbaren Fremdbesitzern in mittelbare Fremdbesitzer 1. Grades, die Kunden dieser Bankiers waren vor der Hinterlegung bei der Bank des Berliner Kassen-Vereins mittelbare Eigenbesitzer 1. Grades, da nur ein Verwahrungsvertrag zwischen dem bis jetzt unmittelbaren Besitzer (dem Bankier) und dem mittelbaren Besitzer (dem Kunden) vorlag. Nachdem jetzt der Bankier die Papiere seines Kunden in das Giro-Effektendepot niedergelegt hat, wird der Kunde mittelbarer Besitzer 2. Grades. Es sind jetzt zwei Rechtsverhältnisse der in § 868 bezeichneten Art abgeschlossen. Zwischen dem unmittelbaren Besitzer der Bank des Berliner Kassen-Vereins als Verwalter des Giro-Effektendepots und dem mittelbaren Besitzer 1. Grades (dem Bankier) besteht ein Verwahrungsvertrag. Ebenso besteht der frühere Verwahrungsvertrag des Bankiers, des nunmehrigen Besitzers 1. Grades, mit dem Kunden, der jetzt mittelbare Besitzer 2. Grades ist noch fort. Endlich auch in dem Falle, daß ein Berliner Zentralbankier die Papiere des Kunden des Lokalbankiers bei der Bank des Berliner Kassen-Vereins in das Giro-Effektendepot hinterlegt, verwandelt sich der Hinterleger (der Berliner Zentralbankier), der bis jetzt unmittelbarer Fremdbesitzer war, in einen mittelbaren Fremdbesitzer 1. Grades. Der Lokalbankier wird aus einem mittelbaren Fremdbesitzer 1. Grades zu einem mittelbaren Fremdbesitzer 2. Grades, und der Kunde, der bis jetzt mittelbarer Eigenbesitzer 2. Grades war, verwandelt sich in einen mittelbaren Eigenbesitzer 3. Grades. Immer sind also diejenigen, die die Papiere in dem Giro-Effektendepot hinterlegen, mittelbare Besitzer gleichen Grades, nämlich immer mittelbare Besitzer 1. Grades.

Dieses vom B. G. B. neugeschaffene Verhältnis von unmittelbarem Besitz zu mittelbarem Besitz ist nicht als Mitbesitz anzusehen, wie dies Strohal[29] tut (Jahrb. f. Dogm.

Bd. 38 S. 113), ebenso Bartels[4] (Gruchots Beiträge, VI. Folge, II. Jahrgang S. 652) und Meißner[21*] (Das B. G. B. nebst E. G., III. Buch S. 23). M. Wolff[32] führt aus, daß die Unrichtigkeit dieser Behauptung sich durch das Gesetz selbst erweisen läßt. § 1081 Abs. 2 B. G. B. sagt, daß an Stelle der Uebergabe die Einräumung des Mitbesitzes zur Bestellung eines Nießbrauches genügt. Da aber bei jeder Bestellungsart des Nießbrauches der Nießbraucher unmittelbarer Besitzer und der Eigentümer mittelbarer Besitzer ist, so müßte bei Annahme der Ansicht Stohals[29], daß dieses Verhältnis des unmittelbaren zum mittelbaren Besitzer Mitbesitz darstellt, bei jedem Nießbrauch ein Mitbesitz bestehen Daß dies nicht so ist, geht aber gerade aus § 1081 hervor, der sagt, daß ausnahmsweise „anstelle" der gewöhnlichen Uebergabe die Einräumung des Mitbesitzes genüge. Der mittelbare Besitzer steht also nicht neben dem unmittelbaren Besitzer, sondern hinter ihm, er leitet seinen Besitz von diesem ab und kann dann diesen seinen abgeleiteten Besitz wieder auf einen anderen hinter ihm stehenden vermitteln. In unserem Fall leistet der Zentralbankier seinen Besitz von der unmittelbaren Besitzerin der Bank des Berliner Kassen-Vereins ab. Auf den Zentralbankier, der mittelbarer Besitzer 1. Grades ist, führt wieder der Lokalbankier seinen Besitz zurück, von diesem, dem mittelbaren Besitzer 2. Grades, leitet der Kunde des Lokalbankiers seinen Besitz ab, dieser ist dann ein mittelbarer Besitz 3. Grades. Daß auch der Kunde und der Lokalbankier wirklich noch als Besitzer anzusehen sind, ergibt sich aus § 871 B. G. B. (dies ist bestritten von Wendt, gegen ihn überzeugend Otto Gierke, Fahrnisbesitz S. 7a 15), nach Strohals[29] Ansicht müßten Kunde, Lokal-, Zentralbankier und die Bank des Berliner Kassen-Vereins alle Mitbesitzer sein, d. h. gemeinschaftlich die körperliche Gewalt über die Papiere haben. Daß dies unrichtig ist, zeigen klar die tatsächlichen Verhältnisse, die körperliche Gewalt hat nur der unmittelbare Besitzer, die Bank des Berliner Kassen-Vereins. Die anderen haben sämtlich die körperliche Ge-

walt nicht; dieses Negative, das Nichthaben der körperlichen Gewalt, ist das einzige Gemeinsame der mittelbaren Besitzer, sonst ist ihr Besitzverhältnis zu der hinterlegten Sache durchaus verschieden, je nach dem Grade ihres mittelbaren Besitzes. Am nächsten steht von den mittelbaren Besitzern der Berliner Zentralbankier, der mittelbare Besitzer des 1. Grades, am entferntesten der Kunde des Lokalbankiers, der mittelbare Besitzer 3. Grades. Diese Ansicht, daß unmittelbarer und mittelbarer Besitz sowie die verschiedenen Grade des mittelbaren Besitzes nicht als Mitbesitz zu bezeichnen sind, führt außer M. Wolff[32] auch Kniep[16] aus (Der Besitz des B. G. B. gegenübergestellt dem röm. und gem. Recht S. 7).

Die sich aus dem mittelbaren Besitz der Hinterleger ergebende Rechtstellung ist nicht von großer Bedeutung. Gegenüber den unmittelbaren Besitzern der Bank des Berliner Kassen-Vereins können die Hinterleger nur ihre Ansprüche aus dem Recht (Eigentum und Verwahrungsvertrag) geltend machen. Als mittelbarer Besitzer sind sie dem unmittelbaren Besitzer gegenüber nicht geschützt. Greifen umgekehrt die mittelbaren Besitzer widerrechtlich in den unmittelbaren Sachbesitz der Bank ein, so machen sie sich verbotener Eigenmacht schuldig, die Bank als unmittelbarer Besitzer genießt Besitzschutz gegenüber den mittelbaren Besitzern. Auch gegen Dritte steht den Hinterlegern nur ein beschränkter Besitzschutz zu, die Verteidigung des Besitzes durch Selbsthilfe ist Sache des unmittelbaren, nicht Sache des mittelbaren Besitzers. Dieser kann, wenn der Besitz dem unmittelbaren Besitzer durch verbotene Eigenmacht entzogen ist, eine Klage auf Wiedereinräumung des Besitzes anstrengen, sein Klagebegehren ist aber in erster Linie auf Herausgabe der Sache an den unmittelbaren Besitzer gerichtet. Nur wenn dieser den Besitz nicht übernehmen kann oder will, darf der mittelbare Besitzer die Einräumung des Besitzes für sich verlangen, §§ 869 und 861 B. G. B.

§ 16. Es ist bis jetzt nur das Besitzverhältnis der Hinterleger zum Verwahrer, der Bank des Berliner Kassen-Vereins, betrachtet, im folgenden sind die Besitzverhältnisse der Hinterleger untereinander näher zu untersuchen. Zuvor muß aber eine reine Tatfrage beantwortet werden, ob auch die Bank des Berliner Kassen-Vereins sich selbst als Mitglied an dem Giro-Effektendepot beteiligen kann. Riesser[24] bejaht diese Frage (Anm. 1 S. 28/29), ebenso auch P. Adler[2], der S. 45 sagt: Kompliziert wird die Stellung der Bank, wenn sie selbst ihre eigenen Effekten in das Sammeldepot legt und mit den gleichartigen Wertpapieren der anderen im Sammeldepot beteiligten Hinterleger vermengt, wozu sie mangels gegenteiliger Vereinbarung berechtigt ist. Sicher hat Adler recht, daß die Stellung der Bank hier kompliziert würde, namentlich auch in der Besitzfrage, die aber von Adler und Riesser nicht berührt wird. Denn als Verwalterin wäre die Bank des Berliner Kassen-Vereins unmittelbarer Besitzer des gesamten Giro-Effektendepots, zugleich wäre sie als Mitglied des Giro-Effektendepots mit den anderen Hinterlegern, den mittelbaren Besitzern, selbst Mitbesitzer oder Teilbesitzer. Tatsächlich treffen aber die Behauptungen von Adler[1] und Riesser[24], soweit sie die Bank des Berliner Kassen-Vereins betreffen, nicht zu. Auf eine direkte Anfrage bei der Direktion der Bank des Berliner Kassen-Vereins teilte mir diese in liebenswürdiger Weise mit, daß die Bank selbst nicht Mitglied des bei ihr errichteten Giro-Effektendepots ist und auch nicht sein kann. Wenn also ein Kunde über seinen Anteil an einer Effektengattung zu Gunsten der Bank verfügt (Gesch.-Ordn. § 7 II S. 2), so muß die Bank einen dem verkauften Anteil einer Effektengattung entsprechenden Betrag aus dem Sammeldepot herausnehmen und in ihr eigenes Depot legen; die Eigentumsübergabe erfolgt dann nicht durch brevi manu traditio, sondern nach § 929 B. G. B. Zweifellos liegt hierin von seiten der Bank ein Handeln mit sich selbst, indem sie einmal als Vertreterin der Hinterleger die Effekten aus dem Depot

herausnimmt und in ihr Depot legt. Zu diesem Kontrahieren mit sich selbst ist aber die Bank hier nach § 181 B. G. B. berechtigt, da es zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gehört, nämlich zur Erfüllung des der Uebereignung zu Grunde liegenden Kausalgeschäftes, also wenn, wie hier angenommen wurde, ein Verkauf von seiten des Hinterlegers an die Bank vorlag, zur Erfüllung der in § 433 normierten Pflichten.

Es ist also in folgendem nach Erledigung dieser tatsächlichen Feststellung davon auszugehen, daß die Bank des Berliner Kassen-Vereins selbst nie Mitglied des Giro-Effektendepots ist. Da oben ausgeführt wurde, daß zwischen den Hinterlegern ein Miteigentum hinsichtlich der einzelnen Effektengattungen besteht, so könnte die Frage nach den Besitzverhältnissen der Hinterleger deshalb müßig erscheinen, da eine weit verbreitete Ansicht (vgl. die bei Behrend[5] S. 48a 1—6 Zitierten) annimmt, daß die Besitzgemeinschaften den zu Grund liegenden Rechtsgemeinschaften entsprechen, daß also bei Miteigentum nach Bruchteilen, wie es in unserem Fall vorliegt, auch Mitbesitz nach Bruchteilen gegeben ist, ebenso bei Miteigentum zur gesamten Hand auch eine Besitzgemeinschaft zur gesamten Hand vorliegt. Gegen diese Auffassung, welche entsprechend den dem Mitbesitz zu Grunde liegenden Rechtsgemeinschaften verschiedene Arten des Mitbesitzers annimmt, wendet sich, wie Verfasser annimmt, durchaus mit Recht M. Wolff[32] (Jehrings Jahrb. Bd. 44 S. 154), der treffend ausführt, daß bei einem Mitbesitz ein Rechtsverhältnis überhaupt nicht zu Grunde liegen müsse, so z. B. bei einem Mitbesitz von Dieben. Ebenso sagt auch Kober[16*]-Staudinger S. 47 § 866 Ia, daß es gleichgültig ist, welches Rechtsverhältnis dem Mitbesitz zu Grunde liegt. So auch Planck[22*] S. 51. Nach dieser Ansicht ist also hier ein Mitbesitz der einzelnen Hinterleger an den verschiedenen Effektengattungen nicht schon deshalb anzunehmen, weil die Hinterleger Miteigentümer sind. Hiermit ist natürlich über die Frage selbst, ob nicht doch Mitbesitz

der Hinterleger an den einzelnen Effektengattungen anzunehmen ist, noch gar nichts entschieden. Um eine Antwort zu finden, muß auf den Begriff und die Konstruktion des Mitbesitzes näher eingegangen werden.

Schon nach römischem Rechte war eine Art des Mehrheitsbesitzes für unmöglich angesehen, die compossessio plurium in solidum, deren Voraussetzung ist, daß mehrere Personen eine Sache ganz und ungeteilt besitzen. Paulus[21]† sagt l 3 § 5 D. 41, 2 plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Dieser Satz gilt auch im gem. Recht als unbestritten, nur Baron[3] (Die gesamten Rechtsverhältnisse im röm. Recht) wollte die Richtigkeit dieses Satzes nur auf die Detention beschränken, nicht auf den juristischen Besitz. Doch blieb seine Ansicht durchaus vereinzelt.

Dagegen lassen die römischen Quellen zwei andere Arten eines Mehrheitsbesitzes als möglich erkennen: die possessio pro partibus divis und die possessio pro partibus indivis. Dies geht deutlich aus folgender Digestenstelle hervor l. 1 § 7 D. 43 17 hoc interdictum (gemeint ist das interdictum uti possidetis) locum habet sive quis totum fundum possidere se dicat sive pro certa parte sive pro indiviso possideat. Der Besitz an realen Sachteilen (possessio pro partibus divisis ist nach röm. und gem. Recht nur an Grundstücken möglich; nur Wächter[30] (Ueber die Teilung und Teilbarkeit der Sachen und Rechte Archiv f. d. zivilist. Praxis, Bd. 27 VII S. 179) hält auch einen Besitz einer Sache zur reellen Teilung bei beweglichen Sachen für möglich. Die herrschende Meinung erkannte bei beweglichen Sachen nur eine compossessio pro partibus indivis an. Miescher[21] (Besitzinterdikte unter den Mitbesitzern, Archiv f. d. zivilist. Praxis, Bd. 59 V S. 153) bezeichnet sehr treffend das Wesen der compossessio pro partibus divis im Gegensatz zur compossessio pro partibus indivis. Während bei dem Besitz von reellen Teilen einer Sache die Teile wirklich sind, und das Ganze als gedacht erscheint, ist bei dem Mitbesitz zu ideellen Teilen gerade das Entgegengesetzte der Fall, hier ist das Ganze wirklich, und

die Teile sind nur in der Vorstellung vorhanden. Savigny[26] (R. d. Besitzes § 11 S. 171) nahm an, daß jeder Mitbesitzer einen ideellen Anteil aller besitze, die übrigen Teile gar nicht. Hiergegen hat mit Recht Buff[7] ausgeführt (Archiv f. d. praktische Rechtswissenschaft, neue Folge Bd. 3 VI S. 114), daß Savignys[26] Erklärung wohl zur Konstruktion des Besitzes reeller Teile passe, nicht aber für den Mitbesitz an ideellen Teilen. Das Wesen des Mitbesitzes wurde nach gem. R. in einer Beschränkung des Besitzwillens auf einen ideellen Teil der Sachherrschaft anerkannt, und zwar mußte der Mitbesitzer die Quote, die er besitzen wollte, sich genau vorstellen (Windscheid[31] § 152 S. 458 ff. und § 142 S. 427).

Es wurde schon oben für das Recht des B. G. B. die herrschende Auffassung zurückgewiesen, welche Besitzgemeinschaften entsprechend den Rechtsgemeinschaften annimmt, und von einem Mitbesitz nach ideellen Quoten und Mitbesitz zur gesamten Hand redet, je nachdem das Rechtsverhältnis des Miteigentums nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand zu Grunde liegt.

Eine neue Konstruktion des Mitbesitzes für das B. G. B. hat M. Wolff[32] (Jehr. Jahrb., Bd. 44 S. 154 ff.) versucht. Er geht hierbei von zwei Voraussetzungen aus, einer negativen und einer positiven. Wie es für den Alleinbesitz des B. G. B. nicht mehr auf den Willen zu besitzen ankommt, so sieht auch Wolff bei der Konstruktion des Mitbesitzes den Willen Mitbesitzer zu sein, für unbeachtlich an. Dagegen hält er es für möglich, und hierauf fußt seine ganze Konstruktion, daß die volle tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache mehreren zugleich zustehen könne. Sachherrschaft erklärt er, indem er hier Goldschmidt[12] (Verm. Schriften, Bd. 1 S. 78) folgt, als einen nicht weiter zerlegbaren Elementarbegriff, nämlich als diejenige Beziehung einer Person zu einer Sache, welche dem Gemeinbewußtsein als Sachherrschaft erscheint (Wolff[32] a. a. O. S. 156, so auch Biermann[2*] zu § 854 a 2 und Planck[22*]

§ 854 a 2). Von der Annahme ausgehend, daß der so definierte Herrschaftsbegriff die Möglichkeit einer Mehrheit von tatsächlichen Herrschaften an derselben Stelle zuläßt, findet Wolff[32] im B. G. B. zwei Arten des Mitbesitzes. Die erste, die er „schlichten Mitbesitz" nennt, und die den Regelfall des B. G. B. bildet, sieht er dann als vorliegend an, wenn jeder der Mitbesitzer für sich die tatsächliche Vollgewalt über die Sache hat. Von einer zweiten Art des Mitbesitzes, den er „Gesamthandmitbesitz" nennt, spricht Wolff dann, wenn ein Mitbesitzer für sich allein gar keine Sachherrschaft hat, sondern die Sachherrschaft nur zusammen mit den anderen Mitbesitzern ausüben kann. Dieser Fall des Gesamthandmitbesitzes liegt vor, wenn die Sache sich unter Mitverschluß der Mitbesitzer befindet, so daß er einzelne Mitbesitzer nur dann die tatsächliche Sachherrschaft ausüben kann, wenn der andere seinerseits zum Oeffnen beiträgt. Dieser Gesamthandbesitz liege vor allem in den beiden in § 1206 B. G. B. behandelten Fällen vor, wenn sich die verpfändete Sache im Mitbesitz des Gläubigers befindet, oder falls sie in unmittelbarem Besitz eines dritten ist, und die Herausgabe nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgt.

Gegen die Richtigkeit dieser Konstruktion wendet sich Planck[22*] (3. Aufl. S. 56). Er bestreitet, daß der Mitbesitz des § 1206 B. G. B., der von Wolff[32] sogenannte Gesamthandmitbesitz, ein anders gearteter sei, als der des § 1081 B. G. B. Die Besonderheiten bei § 1206 (Mitverschluß oder Besitz eines Dritten, der nur an Eigentümer und Gläubiger gemeinschaftlich ausliefert) seien nicht Besonderheiten, die den Mitbesitz berühren, sondern nur Voraussetzungen, die an die im Mitbesitz befindlichen Sachen geknüpft sind. Hierdurch werde wohl die Ausübung des Besitzes des einzelnen gehindert, nicht aber der Besitz zu einem anders gearteten gestaltet, es handele sich um eine Verschiedenheit der tatsächlichen Gestattung. Verfasser glaubt, daß diese Ausführungen von Planck[22*], den Wolff'schen[32] Gesamthandmitbesitz nicht zu widerlegen vermögen. Planck[22*]

sagt selbst, daß durch die an die Sache geknüpften Voraussetzungen des § 1206 B. G. B. die Ausübung des Besitzes für den einzelnen behindert werde. Wenn man nun wie Wolff[32] und auch Planck[22*] selbst (Anm. 2 zu § 854) als Voraussetzung des Besitzes die tatsächliche Sachherrschaft annimmt, d. h. den Elementarbegriff der Beziehungen einer Person zur Sache der dem Gemeinbewußtsein als Sachherrschaft erscheint, so erscheint doch diese Sachherrschaft dem Gemeinbewußtsein dann, wenn ihre Ausübung durch gewisse Voraussetzungen beengt ist, als eine durchaus anders geartete, als wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen, und die Sachherrschaft ohne bestimmte Schranken ausgeübt werden kann. Gewichtiger als diese Einwendung Plancks[22*] gegen den Gesamthandmitbesitz erscheint der Einwand gegen den von Wolff konstruierten „schlichten Mitbesitz". Planck[22*] bestreitet die Möglichkeit, daß mehrere Sachherrschaften an einer Sache zugleich bestehen. Dies widerspräche der natürlichen Auffassung. Hiergegen läßt sich mit juristischen Gründen nichts erwidern, es steht Auffassung gegen Auffassung. Planck[22*] hält es für unmöglich, daß mehrere Sachherrschaften an einer Sache bestehen und bezeichnet seine Auffassung als die natürliche. Wolff[32] hält dies für möglich (S. 157). Verfasser teilt die Auffassung Wolffs und erkennt daher dessen Konstruktion des Mitbesitzes an.

Hält man die Ansicht Wolffs, der mehrere Sachherrschaften an einer Sache annimmt, nicht für richtig, so wird man zur Konstruktion des Mitbesitzes das Willensmoment heranziehen müssen (Endemann[11†] 9. Auflage § 39 S. 246 a 17, ebenso vor allem Behrend[5] S. 43—44). Danach ist Mitbesitz der Anteil des einzelnen an der einen tatsächlichen Gewalt. Hierin besteht der fundamentale Gegensatz zu der Anschauung von Wolff[32], der mehrere Sachgewalten annimmt. Wolff[32] bestreitet, daß man von einer Teilung der tatsächlichen Gewalt reden könne und sucht dies mit Berufung auf § 432 I S. 2 B. G. B. zu beweisen. Hier muß aber wohl Planck[22*] recht gegeben werden, der aus-

führt, daß es sich in § 432 I S. 2 B. G. B. nicht um eine Folgerung aus dem Wesen des Besitzes handele, sondern um eine ergänzende Bestimmung über den Inhalt eines auf die Uebergabe einer Sache gerichteten Schuldverhältnisses mit einer Mehrzahl von Gläubigern (Planck[22]* S. 158a 42). Nach Behrend[5] S. 64 entsteht der Mitbesitz nicht durch Teilung des Willens, sondern durch eine Teilung der Sachgewalt, jeder Mitbesitzer wolle die Sache als Ganzes besitzen, aber nur insoweit, als er nicht durch den Mitbesitz des anderen darin beschränkt wird. Das R. G.[23] sagt Bd. 13 S. 179: „der Mitbesitz mehrerer an derselben Sache müsse sowohl im natürlichen, wie im juristischen Sinne des Besitzes in der Weise aufgefaßt werden, daß ein jeder die ganze Sache besitze, jedoch in seinem Besitz durch den gleichen Besitz der übrigen beschränkt wird. Diese Definition wird sowohl von Wolff[32] (S. 159a 43), wie auch von Behrend[5] (S. 64/65) zur Bestätigung ihrer entgegengesetzten Ansichten angeführt. Da sie in der Tat für beide paßt, ist nicht viel mit ihr gewonnen. Steht man auf dem Standpunkt Behrends[5] und Endemanns[11]†, indem man **eine** Sachgewalt und das Willensmoment zur Konstruktion benutzt, so darf man konsequenterweise dann, wenn ein Wille, Mitbesitzer zu sein, überhaupt nicht vorhanden ist, auch nicht von Mitbesitz sprechen, z. B. wenn zwei unmündige Kinder einem Dritten einen Gegenstand wegnehmen und behalten, oder wenn zwei Wahnsinnige einen Diebstahl begehen und gemeinschaftlich die gestohlene Sache behalten. Hier haben die genannten Personen den gemeinschaftlichen Besitz zusammen, aber nicht den rechtlich relevanten Willen, die Sache gemeinschaftlich zu besitzen. Nach der Auffassung Wolffs[32] kann man hier zweifellos von einem schlichten Mitbesitz sprechen, da hier der Wille irrelevant ist, nach der anderen Ansicht darf man dagegen nicht Mitbesitz annehmen. Diese sicher richtige Konsequenz ist bis jetzt nur von Behrend[5] S. 70 gezogen, er spricht hier von einem gemeinschaftlichen Besitz ohne Mitbesitz.

Nach diesen Ausführungen über die Konstruktion des Mitbesitzes muß jetzt untersucht werden, ob die Hinterleger des Giro-Effektendepots Mitbesitzer der einzelnen Effektengattungen sind. Natürlich kann es sich nur um mittelbaren Mitbesitz handeln; daß dieser vorkommen kann, zeigt außer § 868 auch § 1206, wo Pfandgläubiger und Eigentümer mittelbare Besitzer sind. Nach der Auffassung Wolff's[33] kann hier ein Mitbesitz nicht vorliegen. Ein schlichter Mitbesitz deshalb nicht, da der Hinterleger keine Sachherrschaft über die sämtlichen Effekten einer Gattung hat, sondern nur über soviel, wie er hinterlegt hat. Aber auch ein Gesamthandmitbesitz wird hier abgelehnt werden müssen. Zwar trifft die positive Voraussetzung für den Gesamthandmitbesitz hier zu: Zusammen können die sämtlichen Hinterleger einer Effektengattung die Sachherrschaft über sämtliche Effekten dieser Gattung ausüben. Aber die negative Voraussetzung, daß der Einzelne Gesamthandmitbesitzer allein ohne die übrigen überhaupt keine Sachgewalt hat (Wolff[33] S. 162), trifft nicht zu, denn der einzelne Hinterleger hat auch ohne das Zusammenwirken der anderen Hinterleger den Besitz an dem Quantum des Sammeldepots, der dem Nominalbetrag seiner hinterlegten Effekten entspricht.

Da nach der Auffassung Wolff's[33] Mitbesitz nicht vorliegen kann, wird zu prüfen sein, ob ein Teilbesitz anzunehmen ist, wie ihn das B.G.B. in § 865 behandelt. Es kann, wie allgemein anerkannt wird, nur dann ein Teilbesitzverhältnis vorliegen, wenn die Teile reale Teile einer Sache sind und als solche einer gesonderten räumlichen Sachherrschaft fähig sind. Sicher sind die einzelnen Effekten, aus denen die Sammeldepots sich zusammensetzen, als solche reale Teile, an jedem Stück ist eine tatsächliche Herrschaft möglich. Die Schwierigkeit liegt deshalb nicht darin, ob die einzelnen Effekten reale Teile des Gesamtbestandes sind, sondern in der Frage, ob man für den einzelnen Hinterleger den Besitz eines solchen Teils des Effektenbestandes zugestehen kann, nachdem der

Hinterleger darauf verzichtet hat (§ 7 Gesch. Ordn.), die individuellen, nach Nummern bestimmten Papiere zurückzuverlangen. Natürlich bezieht sich dieser Verzicht nicht nur auf das Eigentum, sondern auch auf den Besitz der einzelnen, nach Nummern bestimmten Papiere. Anstelle des Alleineigentums besteht ein Miteigentum nach ideellen Bruchteilen. Darf man jetzt annehmen, daß anstelle des früheren Alleinbesitzes der nach Nummern individuell bestimmten Papiere jetzt ein nach realen Teilen getrennter Teilbesitz an dem Sammeldepot für den einzelnen Hinterleger entsteht? Vielleicht wird man dies bejahen dürfen. Dieser reale Teilbesitz besteht zwar nicht an den einzelnen individuellen, nach Nummern bestimmten Papieren, denn hierauf hat, wie festgehalten werden muß, der Hinterleger verzichtet. Dieser reale Teilbesitz ist durch den jeweiligen Nominalbetrag der von einem Hinterleger eingelegten Effekten bestimmt. Also nicht an den einzelnen, nach Nummern bestimmten Effekten besteht ein Teilbesitz, sondern an denjenigen Effekten, deren gesamter Nominalwert dem Nominalwert der eingelegten Effekten entspricht. Es wäre unrichtig, zu sagen, daß der Teilbesitz an einer bestimmten Anzahl Effekten besteht, die der Anzahl der eingelegten Effekten entspricht, denn es ist möglich, daß die verschiedenen eingelegten Stücke auf verschiedene Summen lauten. Ein Zahlenbeispiel soll näher veranschaulichen, wie ich mir diesen Teilbesitz vorstelle: Angenommen, es befinden sich bei der Bank des Berliner K. V. in dem Giro-Effektendepot unter der Effektengattung „4% deutsche R. Anl. v. 1905“ 8 Stück mit den Nummern a bis g, jedes auf einen Nominalbetrag von 1000 ℳ lautend. Ein Hinterleger X bringt nun von derselben Effektengattung „4% deutsche R. Anl. v. 1905“ 2 Stück, Nummer m und n, ein, jedes auf 1000 ℳ lautend; er verzichtet auf seine Eigentums- und Besitzansprüche an den Stücken m und n und erwirbt dafür Miteigentum zu einem Fünftel an den im Giro-Effektendepot befindlichen „4% deutsche R. Anl.“, deren gesamter Nominalbetrag jetzt 10000 ℳ beträgt; dagegen

erwirbt X nicht zu einem Fünftel Besitz an der gesamten deutschen Reichsanleihe, sondern er hat Besitz an so viel Stück 4% deutscher Reichsanleihe, die zusammen auf den Nominalbetrag von 2000 ℳ lauten. Bringt jetzt ein anderer Hinterleger Y 4 Stück 4% deutsche Reichsanleihe Nummer r. s. t. u. ein, jedes Stück nicht auf 1000, sondern auf 500 ℳ lautend, so beträgt der Nominalwert der im Giro-Effektendepot befindlichen „4% deutschen Reichsanleihe von 1905" 12000 ℳ. Hieran hat jetzt X Miteigentum zu einem Sechstel, denn die Quote seines Miteigentums hat sich geändert, da Y 4 Stück à 500 ℳ einbrachte. Der Besitz des X an deutschen Reichsanleihen ändert sich aber durch die Hinterlegung des Y nicht. X besitzt von den im Depot befindlichen „deutschen R. A." den gleichen genau bestimmten realen Teil, wie vor der Hinterlegung der Papiere des Y, nämlich so viel Stück, daß ihr Nominalwert 2000 ℳ beträgt.

Ich halte es deshalb für möglich, daß man hier von einem Teilbesitz der Hinterleger sprechen darf. Allerdings scheint eine Bestimmung der Gesch. Ordn. das Gegenteil zu besagen, nämlich § 16, der die Verpfändung mittels grüner Schecks behandelt. Nach Empfang der Schecks bestimmt die Bank die einzelnen Stücke nach Appoints und Nummern, die der Verpfändung unterliegen sollen, und verwahrt diese Effekten gesondert von dem Sammeldepot auf. Dies scheint darauf hinzudeuten, daß realer Besitz erst durch diese Tätigkeit der Bank geschaffen wird und vorher nicht vorhanden war. Hiermit wäre dann auch der Konstruktion eines Teilbesitzes, wie sie eben versucht und für möglich erachtet wurde, der Boden entzogen. Vielleicht ließe sich aber die Konstruktion dieses Teilbesitzes noch halten, wenn man annimmt, daß durch die Tätigkeit der Bank, die die zu verpfändenden Effekten aussondert, nicht der reale Besitz erst geschaffen wird, sondern daß dieser reale Besitz schon vorhanden war und daß die Aussonderungstätigkeit der Bank nicht reale Teile schafft, sondern vielmehr den Teilbesitz beendet und die

Entstehung eines Alleinbesitzes (d. h. eines Besitzes an der ganzen Sache) hervorruft.

Erkennt man aber einen Teilbesitz hier nicht an, sei es, daß man die Konstruktion eines solchen, wie sie hier versucht wurde, überhaupt nicht anerkennt, sei es, daß man aus § 16 Gesch.-Ordn. folgert, daß Teilbesitz nicht vorhanden ist, so ist jetzt, da auch Mitbesitz im Sinne Wolff's[33] nicht gegeben sein kann, zu sehen, ob vielleicht Mitbesitz im Sinne Endemann's[11]* und Behrend's[5] vorhanden ist. Nach dieser Auffassung kann aber nur dann von einem Mitbesitzverhältnis gesprochen werden, wenn der Wille jedes Hinterlegers darauf gerichtet ist, sämtliche Effekten einer Gattung als Ganzes für sich zu besitzen, soweit er nicht durch den Mitbesitz der anderen beschränkt wird (Behrend S. 64). Dieser Wille wird aber bei den Hinterlegern kaum gegeben sein, so daß auch diese Konstruktion des Mitbesitzes hier nicht anzuwenden ist. Man wird deshalb das Verhältnis der einzelnen Hinterleger zueinander, wenn man nicht, wie Verfasser, Teilbesitz annehmen will, als einen Mehrheitsbesitz ohne Mitbesitz bezeichnen müssen.

Diese Erörterungen, ob hier Teilbesitz oder Mitbesitz der einzelnen Hinterleger anzunehmen ist, sind, wie zugestanden werden muß, hier rein theoretischer Natur. Da es sich immer um mittelbaren Besitz handeln kann, so fallen alle Bestimmungen über unmittelbaren Besitzschutz weg, §§ 854 bis 856 B. G. B., §§ 858 bis 860 B. G. B., und es bleibt nur der bereits erwähnte Schutz des § 869 B. G. B.

§ 17. Der Vollständigkeit wegen, um alle Depotarten zu behandeln, soweit sie in der Gesetzgebung geregelt sind oder in der Praxis der Banken vorkommen, muß hier noch auf eine andere interessante Zwischenstufe von depositum regulare und depositum irregulare hingewiesen werden, auf das Summendepot im eigentlichen Sinn. Cosack[9]* verwendet den Ausdruck Summen-Depot gleichbedeutend mit depositum irregulare, was, wie Riesser[24] mit Recht sagt, besser zu vermeiden ist. Deshalb soll die hier zu be-

handelnde Depotart Summen-Depot im eigentlichen Sinn genannt werden.

Das Charakteristische besteht bei dieser Depotart darin, daß der Deponent genau wie bei dem Sammeldepot auf den Eigentumsanspruch an den einzelnen hinterlegten Stücken verzichtet, daß aber dieser Verzicht, ebenso wie bei dem Sammeldepot, nicht die Bedeutung eines Verzichtes auf den Eigentumsanspruch hat, so daß der Verwahrer Eigentum erwürbe und ein depositum irregulare vorläge. Der Hinterleger behält auch hier einen dinglichen Eigentumsanspruch. Der Gegensatz des Summendepots zum Sammeldepot besteht in zwei Punkten: 1. Der Verwahrer ist hier keineswegs berechtigt, die hinterlegten Papiere eines Kunden mit denen eines anderen zu vermengen, vielmehr muß er für jeden Kunden besonderes Depot halten, wie bei dem depositum regulare. 2. Dagegen ist der Verwahrer berechtigt, da es dem Hinterleger ja nicht auf die Identität der einzelnen Stücke ankommt, die hinterlegten Stücke mit anderen gleichwertigen, auch kleinere Appoints gegen größere zu vertauschen.

Der Hinterleger verliert seinen Eigentumsanspruch an den einzelnen hinterlegten Papieren natürlich nicht in dem Augenblick, wo er mit dem Bankier den Hinterlegungsvertrag schließt und diesem seine Papiere übergibt mit der Befugnis, sie gegen andere gleichwertige umzutauschen. Aber auch dann, wenn der Bankier, um von dieser Befugnis Gebrauch zu machen, die hinterlegten Papiere wegnimmt, ohne aber schon gleichwertige in das Depot eingelegt zu haben, verliert der Kunde den dinglichen Eigentumsanspruch noch nicht, vielmehr begeht der Bankier in diesem Falle eine Unterschlagung. Der Hinterleger verliert seinen Eigentumsanspruch an den einzelnen hinterlegten Papieren erst dann, wenn er an den gleichwertigen neuen Papieren, die gegen die hinterlegten eingetauscht wurden, Eigentum erworben hat. Deshalb muß der Bankier, wenn er einen Umtausch vornehmen will, erst die neuen Papiere in das Depot des Kunden eingelegt haben, ehe er die vom Kunden hinter-

legten Papiere herausnimmt. Der Hinterleger ist immer in jedem Augenblick Eigentümer einer bestimmten Anzahl von Wertpapieren, daher Schey[27] (Die Obligationsverhältnisse des österreich. Rechts I S. 377), der sich zuerst mit dieser Depotart befaßte, ihr den durchaus zutreffenden Namen Summendepot gab. Schey[27] unternimmt auch einen, wie er allerdings selbst zugibt, wenig befriedigenden Versuch, diese Depotart juristisch zu konstruieren. Er meint, „es dürfte wohl nicht allzu gewagt erscheinen (S. 388), daß man hier, analog der Vermengung trockener Quantitäten, dem Hinterleger ein Eigentum an einer nach Art und Zahl gleichwertigen Sache anerkenne". Hiergegen wendet mit Recht Koreff[17] S. 19 ein, daß die Zulässigkeit einer Analogie hier bezweifelt werden müsse, da es sich hier gar nicht um eine Vermengung handele; dann aber war es, wie schon erwähnt, im gem. Recht sehr bestritten, ob bei einer Vermengung wirklich ein Quantitätseigentum vorlag (Dernburg[11] Bd. I S. 210 nahm dies zwar an, Windscheid[31] dagegen ließ Miteigentum eintreten, Band I S. 189 II); nach B. G. B. kann von einem Quantitätseigentum keine Rede mehr sein, das Eigentum des B. G. B. ist immer an eine oder mehrere genau bestimmte Sachen geknüpft.

Eine andere Konstruktion ist von Kohler[13] für das fast analoge Verhältnis Dispositionsnießbrauch versucht worden (Jehr. Jahrb. f. d. Dog., Bd. 24 S. 310 ff.). Der Depotvertrag mit der Ermächtigung, an die Bank die Papiere gegen gleichwertige umtauschen zu dürfen, kommt mit der Uebergabe der Papiere zustande. Der Ermächtigung kommt die Bedeutung einer Tauschofferte zu; wenn der Bankier durch Gebrauchmachen von dieser Ermächtigung die Tauschofferte annimmt, geschieht durch brevi manu traditio der Eigentumsübergang der hinterlegten Papiere von dem Kunden an die Bank. Aus dem Tauschvertrag ist aber der Verwahrer andererseits verpflichtet, den Hinterleger zum Eigentümer gleichwertiger Papiere zu machen. Der Eigentumsübergang geschieht hier im Wege des constitutums possessoriums. Die große Schwäche dieser Kon-

struktion sieht Schey[27] mit Recht darin, daß der Bankier, der nach Annahme der Tauschofferte durch brevi manu traditio Eigentümer der hinterlegten Papiere geworden ist, seinerseits nur obligatorisch verpflichtet ist, den Hinterleger durch constitutum possessorium zum Eigentümer zu machen. Unterläßt dies der Bankier, so begeht er keine Unterschlagung, sondern unterläßt nur die Erfüllung einer obligatorischen Verpflichtung. Durch eine kleine Modifikation, die sowohl Koreff[17] wie P. Adler[2] S. 47 erwähnen, kann dieser Mangel beseitigt werden. Man knüpft den Eigentumsübergang des Verwahrers an die aufschiebende Bedingung, daß erst der Hinterleger Eigentum an den neuen tatsächlich hinterlegten Stücken durch constitutum possessorium Eigentum erwirbt. Nimmt also der Verwahrer, noch ehe er die neuen Stücke in das Depot einlegt, die darin befindlichen des Kunden heraus, so verliert dieser noch nicht sein Eigentum, da die Bedingung, an die der Eigentumserwerb des Verwahrers geknüpft ist, noch nicht erfüllt ist. Erst wenn der Verwahrer diese Bedingung erfüllt, dadurch, daß er den Hinterleger durch constitutum possessorium zum Eigentümer der neuen Papiere macht, wird er selbst Eigentümer der von dem Kunden hinterlegten Papiere.

Die Besitzverhältnisse sind von Schey[27], Adler[1] und Koreff[17] nicht berührt, aber auch hier ergeben sich interessante Fragen. Durch den Abschluß des Hinterlegungsvertrages, d. h. durch die Uebergabe der Papiere von dem Kunden an den Bankier verwandelt sich der Kunde aus einem unmittelbaren Eigenbesitzer in einen mittelbaren. Der Bankier wird vermittelnder Besitzer (§ 868 B. G. B.). Kein Zweifel kann ferner darüber bestehen, daß der Kunde an den neuen Papieren, die der Bankier gegen die hinterlegten eintauscht, in dem Augenblick den mittelbaren Besitz erwirbt, wo sie ihm durch constitutum possessorium von dem Bankier übereignet werden (vgl. Staudinger[28]-Kober S. 53 II, 1).

Schwieriger dagegen ist die Frage, in welchem Augenblick der Kunde den mittelbaren Besitz der von ihm hinterlegten Papiere verliert, wenn der Bankier sie umtauschen will. Wie erwähnt verliert er das Eigentum erst in dem Augenblick, in dem er gleichzeitig Eigentum an den neuen Papieren erwirbt, da der Eigentumserwerb des Bankiers aufschiebend bedingt war. Diese Eigentumsverhältnisse dürfen aber hier, wo ausschließlich Besitzverhältnisse in Betracht kommen, nicht maßgebend sein. Vielmehr ist die Frage nur nach der Besitzlehre zu entscheiden. Sicher ist, daß der Kunde den mittelbaren Besitz verliert, wenn der Bankier durch brevi manu traditio das Eigentum an den Papieren erwirbt, denn dann ist das in § 868 genannte Vertragsverhältnis des unmittelbaren Besitzers zum mittelbaren (hier der Verwahrungsvertrag) beendet. Der Bankier ist nicht mehr Verwahrer, sondern durch brevi manu traditio Eigentümer der Papiere geworden. Die Schwierigkeit der Besitzfrage besteht hier darin, ob nicht vielleicht schon vorher, ehe der Bankier Eigentümer der hinterlegten Papiere wird, der Kunde den mittelbaren Besitz daran verlieren kann. Also dann, wenn der Bankier, ohne gleichwertige Papiere in das Depot des Kunden zu hinterlegen, die im Depot befindlichen herausnimmt. Es kommt hier bei dem Verhältnis des unmittelbaren zu dem mittelbaren Besitze, wie Staudinger[28]†-Kober S. 51 I durchaus richtig ausführt, nicht auf die bestimmte Willensrichtung des unmittelbaren Besitzers an, für den mittelbaren zu besitzen, sondern das Bestehen eines im § 868 gen. Verhältnisses ist maßgebend. Planck[22]* S. 64/65 nimmt nun an, daß eine Erklärung des unmittelbaren Besitzers, den mittelbaren Besitzer nicht mehr als solchen anerkennen zu wollen, die Rechtsverhältnisse des § 868 aufhebe, so daß durch diese Erklärung der mittelbare Besitzer seinen Besitz verliert. In unserem Fall müßte man also wohl nach Planck[22]* annehmen, daß der Kunde schon dann seinen mittelbaren Besitz verliert, wenn der Bankier die hinterlegten Papiere aus dem Depot nimmt.

Anderer Ansicht ist Staudinger[28]†-Kober S. 58, der sagt und wohl mit Recht, daß die Vertragsverhältnisse des § 868 sich nicht so leicht lösen, wie Planck[22]* annimmt. Staudinger[28]†-Kober geht sogar noch weiter und nimmt an, wenn der unmittelbare Besitzer in untreuer Weise über die hinterlegte Sache verfügt, etwa durch constitutum possessorium die hinterlegten Papiere des Kunden an einen Dritten veräußert, der Hinterleger doch noch den mittelbaren Besitz behalte, da der Bankier, der unmittelbare Besitzer, immer noch die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübe.

Endlich ist noch kurz zu erwähnen, daß auch eine Kombination von Sammel- und Summendepot möglich ist, nämlich derart, daß beim Sammeldepot der Bankier ermächtigt ist, die Stücke der einzelnen Effektengattungen beliebig gegen andere gleichwertige Stücke umzutauschen, so daß der Bankier der Gesamtheit der Hinterleger gegenüber ein Summendepot hält. Im Gegensatz zu der Ansicht Korreffs[17] S. 30 glaube ich, daß im Zweifel bei einem Sammeldepot nicht eine derartige Verbindung von Summen-Sammeldepots anzunehmen ist. Bei dem wichtigsten Beispiel des Sammeldepots, dem Giro-Effektendepot der Bank des Berliner Kassen-Vereins, ist ein solches sicher nicht anzunehmen, da dies unbeschränkte Umtauschungsrecht, wenn es hier vorläge, in der Geschäftsordnung der Bank hätte erwähnt sein müssen.

§ 18. Es muß hier im letzten Paragraphen noch die wichtige Frage erörtert werden, wie sich das Depotgesetz zu den im Teil II der Arbeit geschilderten Depotarten der Praxis dem Sammeldepot und dem Summendepot verhält.

Es ist nämlich die Ansicht vertreten worden (Riesser[24] 1. Aufl. S. 22, Schey[27] S. 76, v. Pechmann[22] S. 9), daß nach dem Inkrafttreten des Depotgesetzes die oben geschilderten Arten des Sammel- und des Summendepots nicht mehr vorkommen können. Zur Begründung wurde ausgeführt, daß wie in Teil I erwähnt ist, § 1 des Dep.-Ges.

eine Rechtsvermutung für das Vorliegen des depositum regulare aufstellt. Die dem Bankier nach § 1 Dep.-Ges. aufgelegte Verpflichtung der gesonderten Aufbewahrung und Buchung tritt nach § 2 Abs. 2 außer Kraft, wenn der Bankier ermächtigt wird, gleichartige Wertpapiere an Stelle der deponierten zurückzugewähren. Eine solche Ermächtigung liegt auch bei dem Sammel- und Summendepot vor. Wenn diese Ermächtigung für den Bankier eine Entbindung von der gesonderten Aufbewahrung zur Folge hat, dann entstehe eben — so folgerte man — ein depositum irregulare, denn ein depositum regulare ohne gesonderte Aufbewahrung sei nicht denkbar. Da aber für das Sammel- und Summendepot eine gesonderte Aufbewahrung Voraussetzung ist, diese Verpflichtung zur gesonderten Aufbewahrung aber durch die beim Sammel- und Summendepot nötige Ermächtigung gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren, nach Abs. 2 § 2 wegfiele, so sei das Sammel- und Summendepot eben durch das Gesetz selbst unmöglich gemacht.

Gegen diese Folgerung können nun verschiedene Einwände vorgebracht werden. Einmal allerdings weniger vom juristischen als vom praktischen Gesichtspunkt aus, die ausgedehnte Tätigkeit des Giro-Effektendepots der Bank des Berliner Kassen-Vereins. Wenn man diese Konsequenz, daß das Sammeldepot durch Abs. II Dep.-Ges. ausgeschlossen ist, als richtig anerkennt, müßte man annehmen, um die Existenz des Giro-Effektendepots zu erklären, daß die Tätigkeit des Giro-Effektendepots derjenigen Körperschaft, die über die Ausführung der Gesetze zu wachen hat (Bundesrat R. V. Art. 5), entweder ganz entgangen ist, oder doch stillschweigend geduldet wurde. Jedenfalls müßte man die Tätigkeit der Bank des Berliner Kassen-Vereins bei ihrem Giro-Effektendepot als eine contra legem gerichtete ansehen. Diese Annahme wäre aber durchaus unrichtig, es geht im Gegenteil aus den Materialien des Dep.-Ges. klar hervor, daß die gesetzgebenden Faktoren von der Einrichtung des Giro-Effektendepots genaue Kenntnis hatten (vgl. auch

Busemann[8] S. 20 und Jacobson[14], Bankarchiv Jahrg. 2 S. 185). Der Erlaß des Dep.-Ges. nahm gerade auf das Giro-Effektendepot große Rücksicht, denn die Bestimmung in § 2 Abs. 1, wonach im gegenseitigen Verkehr zwischen gewerbsmäßig Bank- und Geldgeschäfte Betreibenden die Ermächtigung im Gegensatz zur Regel generell und formlos erteilt werden kann, ist auf eine Eingabe der Bank des Berliner Kassen-Vereins von der IX. Kommission geschaffen worden, um den Fortbestand des Giro-Effektendepots zu ermöglichen. Ich glaube, daß sich hieraus klar ergibt, daß es keineswegs die Absicht der Gesetzgebung war, das Bestehen des Sammeldepots unmöglich zu machen. Es widerspräche dies auch durchaus dem ganzen Zweck des Dep.-Ges., der darauf gerichtet ist, das Publikum gegen Verluste deponierter Wertpapiere zu schützen (Begründung[4*] des Dep.-Ges.-Entwurfs Heymanns Verlag S. 92). Wenn nun § 2 Abs. 2 zwingender Natur wäre, so daß immer bei Erteilung einer Ermächtigung gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren ein depositum irregulare entstünde, so würde hierdurch die Rechtslage des Publikums bedeutend verschlechtert. Viele Bankiers, namentlich kleinere Provinzialbankiers, lassen sich von der gesonderten Aufbewahrungspflicht des § 1 nur entbinden, um der bei dem depositum regulare entstehenden größeren Arbeit enthoben zu sein. Sie wollen keineswegs ein dep. irregulare begründen, sondern nur die bei dem Sammel- und Summendepot für den Geschäftsbetrieb eintretenden Erleichterungen genießen. Wenn man aber, wie Schey und v. Pechmann, diese Sammel- und Summendepots für unmöglich erachtet und § 2 Abs. 2 Dep.-Ges. die Wirkung beilegt, daß sofort ein depositum irregulare entsteht, so ist es klar, daß jetzt die Rechtsstellung des Publikums bedeutend verschlechtert wird. Ist also jetzt gezeigt, daß die ganze Tendenz des Dep.-Ges. die Beseitigung des Sammel- und Summendepots nicht gewollt haben kann und auch tatsächlich nicht gewollt hat, wie die Berücksichtigung der Eingabe der Bank des Berliner Kassen-Vereins beweist, so ist jetzt zu fragen,

wie sich aus dem tatsächlichen Inhalt des Dep.-Ges. dieses Summen- und Sammeldepot aufrecht erhalten kann.

Es wurde oben bei der Betrachtung der im Dep.-Ges. § 2 geregelten Depotarten erwähnt, daß die Erteilung einer Ermächtigung, über die hinterlegten Papiere zu verfügen oder gleichwertige zurückzugewähren, noch nicht ein dep. irregulare entstehen lasse, sondern ein modifiziert regelmäßiges Depot, d. h. ein solches, das noch ein dep. regulare ist, sich aber in ein dep. irregulare verwandeln kann; erst durch das tatsächliche Gebrauchmachen von der Ermächtigung entsteht das dep. irregulare. Bei dieser Auffassung des § 2 Dep.-Ges., wie sie oben näher erörtert wurde, ist der Ansicht, die das Fortbestehen des Summen- und Sammeldepots nach Erlaß des Dep.-Ges. für unmöglich halten, schon der Boden entzogen. Auch Riesser[24] erklärt in der zweiten Auflage S. 38, daß man unbedenklich das Fortbestehen des Sammel- und Summendepots annehmen dürfe. Es entsteht also durch die bloße Erteilung der Ermächtigung gleichartige Wertpapiere zurückgewähren zu dürfen, an sich noch nicht ein dep. irregulare. Allerdings spricht in § 2 Dep.-Ges. eine Vermutung dafür, daß ein dep. irregulare zur Entstehung gelangt, wenn nämlich der Bankier von der erteilten Ermächtigung Gebrauch macht. Dieses dep. irregulare entsteht aber doch nur deshalb, weil es die Parteien gewollt haben, dieser Wille wird in § 2 Abs. 2 präsumiert, wenn eine Ermächtigungserklärung erteilt ist. Aber es ist sehr wohl denkbar, daß in einem Einzelfalle der Wille der Parteien trotz der Ermächtigungserklärung nicht auf Begründung eines dep. irregulare gerichtet ist, sondern auf die Entstehung eines Sammel- oder Summendepots. Die Berücksichtigung eines derartigen Parteiwillens kann vom Dep.-Ges. unmöglich ausgeschlossen werden. Denn da der Deponent auf die Beobachtung aller in § 1 genannten Pflichten und auf seinen dinglichen Eigentumsanspruch verzichten kann, muß er auch das Recht haben, nur auf einen Teil hiervon zu verzichten. Denn sicher ist das Sammel- und Summendepot dem dep. irregulare gegen-

über nur ein minus. Beim Sammel- und Summendepot verzichtet der Hinterleger nur auf das Recht, die einzelnen individuellen Stücke zurückzuerhalten. Beim dep. irregulare verzichtet er auch auf seinen Eigentumsanspruch. Demnach ist heute auch nach Erlaß des Dep.-Ges. das Sammel- und Summendepot noch sehr wohl möglich. Es wird auch hier eine dem § 2 Abs. 1 entsprechende schriftliche für das einzelne Geschäft bestimmte Ermächtigung nötig sein. Nur, wenn der Hinterleger gewerbsmäßig Bank- und Geldgeschäfte betreibt, kann diese Erklärung auch mündlich und generell erteilt werden. Diese schriftliche Erklärung betrifft nur die Ermächtigung, gleichartige Wertpapiere zurückgewähren zu dürfen. Die Parteiabrede, die dieser Ermächtigung nur eine beschränktere Wirkung wie im Regelfalle beilegt, nämlich nur die Entstehung eines Sammel- oder Summendepots und nicht die eines dep. irregulare, kann auch mündlich erfolgen. Allerdings sagen Adler[1] S. 52 und Koreff[17] S. 53 mit Recht, daß es ratsam erscheint, auch diese Parteiabrede schriftlich zu treffen zur leichteren Entkräftung der für Entstehung eines dep. irregulare sprechenden Vermutung des § 2 Abs. II Dep.-Ges.

Interessant ist, wie die Banken selbst sich zu dieser Frage stellten, ob Sammel- und Summendepot auch jetzt noch vorkommen kann. Die Bank des Berliner Kassen-Vereins bejaht durch die erfolgreiche Tätigkeit ihres Giro-Effektendepots zweifellos diese Frage. Sie bildet aber, wie Adler[1] S. 50a 2 ausführt, eine Ausnahme von der Praxis der Banken. Die übrigen Banken lehnen nach Adler in der Mehrzahl die Möglichkeit des Fortbestehens des Sammeldepots ab. Um sich aber die besonders bei der Verwaltung der Wertpapiere ergebenden Vorteile des Sammeldepots, (Trennung der Kupons und Kontrollierung der Verlosungen, usw.) zu erhalten, wurde das von einem Regierungsvertreter in der Reichstagskommission (Drucksachen[10]† des Reichstags, IV. Legislaturperiode Session 95/96 Nr. 243) erwähnte sog. Sammeldepot vielfach eingeführt. Dieses sog. Sammeldepot ist von dem in dieser Arbeit behandelten

durchaus verschieden. Es werden hier die Papiere eines Kunden nach Effektengattungen getrennt, in einzelnen Kuverts aufbewahrt, die den Namen des Kunden tragen; diese Kuverts werden dann mit anderen Kuverts, in denen sich Effekten derselben Gattung befinden, in einem Portefeuille aufbewahrt. Es findet also hierbei für jeden Kunden ein den Bestimmungen des § 1 Dep.-Ges. völlig entsprechende abgesonderte Aufbewahrung statt unter äußerlich erkennbarer Bezeichnung des Hinterlegers. Wenn sich also auch in einem Portefeuille immer Effekten derselben Gattung befinden, so ist eine Vermengung der einzelnen Papiere, wie sie dem eigentlichen Sammeldepot typisch ist, hier durch die Kuverts mit der Aufschrift des Hinterlegers völlig ausgeschlossen. Dieses sog. Sammeldepot ist rechtlich durchaus ein gewöhnliches dep. irregulare, oder vielmehr eine Mehrzahl streng regulärer Depots. Wenn ein Unterschied zwischen diesem sog. Sammeldepot und dem gewöhnlichen dep. regulare gefunden werden soll, ist er nicht rechtlicher, sondern rein tatsächlicher Natur. Bei den gewöhnlichen depositum regulare besteht für jeden Kunden ein Depot, hier bei dem sog. Sammeldepot bestehen für jeden Kunden so viele einzelne Depots, wie die Zahl seiner Effektengattungen beträgt. Diese Einzeldepots sind aber selbst wieder völlig reguläre Depots und bieten deshalb zu juristischen Erörterungen hier keinen weiteren Anlaß. In der Praxis wird diese Art der Aufbewahrung in dem sog. Sammeldepot wohl in der Regel vorkommen, da sie für den Kunden als depositum regulare die größte Sicherheit bedeutet und der Bank doch die erleichterte Verwaltung, wie sie sonst das in der Arbeit behandelte eigentliche Sammeldepot bietet, auch hier gewährt.